Die Bestrafung nach Analogie

unter besonderer Berücksichtigung der Abgrenzung gegen ausdehnende Auslegung und der prozessualen Maßnahmen

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

einer

Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

(Rechtswissenschaftliche Abteilung)

der

Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Anton Steinle

Gerichtsreferendar aus Donaurieden b. Ulm.

Carl Nieft, Buchdruckerei und Verlag, Bleicherode am Harz

1938

Obmann: Professor Dr. Eißer.

Die Arbeit ist von dem verstorbenen Professor Dr. Hegler angeregt und Ende 1936 fertiggestellt worden.

*

1. Berichterstatter: Professor Dr. Kern.

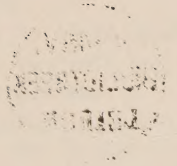
2. Berichterstatter: Professor Dr. v. Mangoldt.

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Januar 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Diese Dissertation ist gleichzeitig als Broschüre
im Verlag Carl Nieft, Bleicherode a. H., erschienen

Meinen lieben Eltern!



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549601_0078

Inhaltsübersicht.

Seite

Einleitung.

§ 1. Die Stellung des Strafrechts im Leben des Volkes 13

I. Teil:

§ 2. Der Begriff der Analogie und der Auslegung für das Strafrecht. 15
1. Analogie und Auslegung 15
2. Die ausdehnende Auslegung insbesondere 17
3. Gesetzes- und Rechtsanalogie 18

II. Teil:

§ 3. Die Entwicklung des Analogieverbots in Deutschland bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871 22
1. Römisches und germanisches Recht 22
2. Carolina 23
3. Gemeines Strafrecht 24
4. Strafgesetzgebung im 17./19. Jahrhundert. 25

§ 4. Das Strafgesetzbuch von 1871 und seine Grundlagen 28
1. Analogieverbot in § 2 Abs. 1 29
2. Zulassung der Analogie zugunsten des Angeklagten 34
3. Durchbrechungen des Analogieverbots: „ausdehnende Auslegung“ 36

§ 5. Die politischen und weltanschaulichen Grundlagen für die Einstellung zum Analogieverbot im Strafrecht 40
1. Magna Charta 40
2. Verfassungen der U. S. A. 41
3. Montesquieu und die französische Revolution 41
4. Aufklärungszeit in Deutschland 42
5. Feuerbachs Lehre 44
6. Liberalismus des 19./20. Jahrhunderts 45
7. Die Strafrechtsschulen 46

Seite

§ 6. Vom liberalen zum „autoritären" Staat 47
1. Kritik am Analogieverbot 47
2. War die Analogie bereits nach § 2 StGB. a. F. zulässig? 50
3. Die Reformarbeiten bis zur Novelle v. 1935 51

III. Teil:

§ 7. Die Bestrafung nach Analogie nach neuem Reichsrecht 54
1. Die Strafrechtsnovelle v. 28. 6. 1935 54
2. Zulässigkeit der „Analogie?". Grundsätzliches 55
3. Das „gesunde Volksempfinden" 59
4. Der „Grundgedanke eines Strafgesetzes". Gesetzes- oder Rechtsanalogie 60
5. Grenzen und Möglichkeiten 62
6. Analogie und Auslegung 70
7. Bedeutung der neuen Regelung 71
§ 8. Die strafprozessualen Maßnahmen bei Anwendung der Analogie. 72
1. Grundsätzliches 72
2. Revisionsmöglichkeit 73

IV. Teil:

§ 9. Das Analogieverbot im Ausland 76
1. Rußland 77
2. Italien 78
3. Nordische Staaten 79
4. Katholisches Kirchenrecht 80
5. Der Fall Danzig 81

V. Teil:

§ 10. Stellungnahme zu den früher gegen die Zulassung der Analogie gemachten Einwendungen 84
1. Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit 84
2. Ansehen und Geltung der Gesetze und Gerichte 85
3. Person des Richters 86

VI. Teil:

§ 11. Ausblick. Das kommende deutsche Strafgesetzbuch 88

Schrifttum.

Ackermann: Das Analogieverbot im geltenden und zukünftigen Strafrecht. Strafrechtliche Abhandlungen Heft 348. Breslau-Neukirch 1934.

Anossow: Über die Analogie im Strafrecht. Monatsschr. f. Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform 24. Jahrg. 1933, S. 321 ff.

Bar v.: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Berlin 1906.

Baumgarten: Die Geburtsstunde des modernen deutschen Strafrechts. ZStW. Bd. 49, S. 1 ff.

Beling: Grundzüge des Strafrechts. Tübingen 1930.

Bendix: Analogie im Strafrecht? Monatsschr. f. Krim.-Psychologie und Strafrechtsreform. 24. Jahrg. 1933 S. 687 ff.

Beyer: Auslegung und Rechtsfindung. Jugend und Recht 1935. S. 171 ff.

Binding: Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.

Blohm: Feuerbach und das Reichsstrafgesetzbuch von 1871. Strafr. Abhandl. Heft 358. Breslau-Neukirch 1935.

Brinkmann: Grenzen analoger Anwendung v. Strafgesetzen. Deutsche Justiz 1935, Seite 1587 ff.

Bruck: Römisches Recht und Rechtsprobleme der Gegenwart. Recht und Staat. Heft 69. Tübingen 1930.

Bülow: Gesetz und Richteramt. Leipzig 1885.

Bung: Gesetz und toter Buchstabe. Der deutsche Justizbeamte. 34. Jahrgang. 1935. S. 449 ff. JW. 1934. S. 1107 ff.

Bunge: Das italienische Strafgesetzbuch vom 19. 10. 1930. Berlin-Leipzig 1933.

Calker van: Strafrecht III. Auflage. München 1927.

Carpzow: Practica nova Rerum Criminalium Imperialis Saxonica. Lipsiae 1723.

Dageförde: Gesetz oder Recht? Jugend und Recht. 1935. S. 186 ff.

Dahm: Das Ermessen des Richters im nationalsozialistischen Strafrecht. Deutsches Strafrecht. 1934. S. 87 ff.

— Strafrichter und Gesetz im neuen Staat (Bemerkungen zu der Schrift von Henkel). Deutsches Strafrecht. 1934. S. 248.

— JW. 1934. S. 1176.

— Die Zunahme der Richtermacht im modernen Strafrecht. Tübingen 1931.

Dahm-Schaffstein: Liberales oder autoritäres Strafrecht. Hamburg 1933.

Diener: Die Analogie — eine Revolution im Strafrecht. Jugend und Recht. 1935. S. 169 ff.

Drost: Das Ermessen des Strafrichters. Berlin 1930.

Ducas: Verbrechen und Strafe. ZStrW. Band 49. S. 31 ff.

Ebermayer-Lobe-Rosenberg: Reichsstrafgesetzbuch. 4. Auflage, Berlin und Leipzig 1929.

Eick: Die Analogie im Strafrecht. Diss. Gießen 1912.

Elwers: Die Bedeutungen des Satzes nulla poena sine lege in seiner historischen Entwicklung. Gött. Diss. 1910.

Engisch: Die Einheit der Rechtsordnung. Heidelberg 1935.

Enneccerus-Nipperdey: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 13. Auflage. Marburg 1931.

Exner: Gerechtigkeit und Richteramt. Leipzig 1922.

Feuerbach: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Tl. I. u. II. Erfurt/Gießen 1799/1800.

— Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. 14. Aufl. Gießen 1847.

— Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Churpfalz-bayrischen Staaten. Teil I — III. Gießen 1804.

Finger: Literaturbericht zu Ackermann. Gerichtssaal. Bd. 106. S. 227 ff.

Forsthoff: Der totale Staat. Hamburg 1933.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 18. Auflage. Tübingen 1931.

Frank, Hans: Deutsches Recht 1934. S. 425 (Rede auf dem Reichsparteitag am 9. 9. 1934).

— Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht. Berlin 1935.

Freiesleben, Kirchner, Niethammer: Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Ergänzungsband zum J. v. Olshausen'schen Kommentar. Berlin 1936.

Freisler: Nationalsozialistisches Strafrecht. Deutsche Justiz. 1934. S. 471 ff.

— Jahrbuch des deutschen Rechts. Neue Folge, 2. Bd. 1935. S. 519 ff.

— Volk, Richter und Recht. Deutsche Justiz 1935. S. 1160 ff.

— Der Wandel der politischen Grundanschauungen in Deutschland und sein Einfluß auf die Erneuerung von Strafrecht, Strafprozeß und Strafvollzug. Deutsche Justiz. 1935. S. 1247 ff.

— Schutz des Volkes oder des Rechtsbrechers? Fesselung des Verbrechers oder des Richters? Einiges über das zweckmäßige Maß der Bindung des Richters an gesetzliche Straftatbestände. Deutsches Strafrecht. 1935. S. 1 ff.

Fritzsche: Gedanken über Nationalsozialismus und Strafrecht. Deutsches Recht. 1933. S. 172 ff.

Gallas: Strafgesetzbuch der Russischen Sozialistischen Föderativen Sowjet-Republik. Berlin 1931.

— Die Krise des Strafrechts und ihre Überwindung im Staatsgedanken. ZStrW. Bd. 53. S. 11 ff.

Geib: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1. Bd. Leipzig 1861.

Gerland: Einige Anmerkungen zu der Denkschrift des preußischen Justizministers. Deutsche Justiz. 1934. S. 224 ff.

Gleispach: Richterliche Rechtsschöpfung oder nullum crimen sine lege? Zeitschr. der Akademie für deutsches Recht. 3. Jahrgg. 1936. S. 267 ff.

Grolmann: in Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft. I. Tl. 1. Stück. Gießen 1797.

Grünhut: Anselm v. Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung. Hamburg 1922.

— Literaturbericht zu Heimberger: Freiheit und Gebundenheit ... ZStrW. Bd. 50 S. 284.

— Methodische Grundlagen der heutigen Strafrechtswissenschaft. Festgabe für Frank. Bd. 1. Tübingen 1930.

Gürtner: Der Gedanke der Gerechtigkeit in der deutschen Strafrechtserneuerung. Rede, gehalten anläßlich der Eröffnung des XI. Internationalen Strafrechtskongresses zu Berlin am 19. 8. 1935. VB. v. 20. 8. 1935. Deutsche Justiz 1935. S. 1241 ff.

— Das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1. Aufl. Berlin 1934. 2. Aufl. Berlin 1935.

Hafter: Keine Strafe ohne Gesetz. Festrede des Rektors. Jahresbericht der Universität Zürich 1921/22.

Heffter: Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts, 3. Aufl. Halle 1846.

Hegler: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs; in Festgabe für R. v. Frank. Bd. I. S. 251 ff. Tübingen 1930.

Hildebrandt: Rechtsfindung im neuen deutschen Staat. Schriften der Akademie f. deutsches Recht. Berlin 1935.

Heimberger: Freiheit und Gebundenheit des Richters im weltlichen und kirchlichen Strafrecht. Frankfurter Universitätsrede 1928. Frankfurt 1928.

Hepp: Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf dem Gebiet des Strafrechts. Archiv des Kriminalrechts. Neue Folge. 1846. S. 100 ff.

Hennings: Die Entstehungsgeschichte des Satzes nulla poena sine lege. Diss. Göttingen 1933.

Henkel: Strafrichter und Gesetz im neuen Staat. Hamburg 1934.

Herschel: Staatlicher Befehl und richterliches Ermessen im neuen Reich. DJZ. 1933. S. 1008 ff.

Hippel v.: Deutsches Strafrecht. 1. Bd. Allgemeine Grundlagen. Berlin 1925.

— Deutsches Strafrecht. 2. Bd. Das Verbrechen. Allgemeine Lehren. Berlin 1930.

— Lehrbuch des Strafrechts. Berlin 1932.

Huber: Recht und Rechtsverwirklichung. Basel 1931.

Hubernagel: Die Strafrechtsanalogie in Beispielen. DJZ. 1935. S. 1203 ff.

Kerrl: Nationalsozialistisches Strafrecht. Denkschrift des preußischen Justizmin. Berlin 1933.

Klee: Strafe ohne geschriebenes Gesetz. DJZ. 1934, S. 639 ff.

Kleinschrod: Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. Tl. 1 u. 2. 2. Aufl. Erlangen 1799.

Kohler: Die Carolina und ihre Vorgängerinnen. Halle 1900.

— Recht und Gesetz. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphil. Band 11. S. 1 ff.

— Leitfaden des deutschen Strafrechts. Leipzig 1912.

Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. Leipzig 1917.

Köllreuter: Der nationale Rechtsstaat. Recht und Staat. Heft 89. Tübingen 1932.

Köstlin: System des deutschen Strafrechts. 1. Abt. Allgem. Teil. Tübingen 1855.

Krabbe: Borgerlig Straffelov af 15. April 1930. Kobenhavn 1930.

Krug: Die neue Novelle zur Änderung des Strafrechts und Strafverfahrens. Der deutsche Justizbeamte. 34. Jahrg. 1935. S. 419 ff.

Krüger: Rechtsgedanke und Rechtstechnik im liberalen Strafrecht. ZStrW. Bd. 54. S. 491 ff. und Bd. 55. S. 77 ff.

Lehmann, Rud.: Die Strafprozeßnovelle vom 28. Juni 1935. JW. 1935. S. 2327 ff. und Deutsche Justiz 1935. S. 999 ff.

Luetgebrune: Der Grundsatz nullum crimen sine lege, nulla poene sine lege im nationalsozialistischen Strafrecht. Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht. Berlin 1934. S. 42 ff.

Marezoll: Das gemeine deutsche Kriminalrecht. Leipzig 1856.

Matzke: Was bedeutet die Überwindung der liberalistischen Weltanschauung für die heutige Stellung des Richters zum Strafgesetz? JW. 1934. S. 1609 ff.

Mezger: Strafrecht. München 1933.

— Deutsches Strafrecht. Ein Leitfaden. Berlin 1936.

— Die materielle Rechtswidrigkeit. Kommendes Strafrecht. ZStrW. Bd. 55 S. 2 ff.

— Besprechung zu E. Schäfer-Dohnanyi: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935. Deutsche Justiz. 1935. S. 303.

— Das neue Strafgesetz und die Rechtswissenschaft. DJZ. 1936. S. 601.

Mezger-Schaffstein: Die materielle Rechtswidrigkeit im kommenden Strafrecht. ZStrW. Bd. 55. S. 1 ff.

Mommsen: Römisches Strafrecht. Leipzig 1899.

Müller: Analogie im Strafrecht schon de lege lata zulässig. Deutsche Justiz 1934. S. 771 ff.

Münster: Deutsche Strafrechtsreform. JW. 1934. S. 461 ff. Nationalsozial. Strafrecht. siehe Kerrl.

Nicolai: JW. 1934. S. 207.

— Die rassengesetzliche Rechtslehre. München 1932.

— Nationalsozialismus und Erneuerung des deutschen Strafrechts. Deutsches Recht. 1933. S. 3 ff.

Niethammer: Ungeschriebenes Strafrecht. ZStrW. Bd. 55. S. 745 ff.

Olczewski: Die Subsumtionsfessel. Deutsches Recht. 1934. S. 279 ff.
Olshausen: Kommentar z. Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 11. Aufl. Berlin 1927.
Ostwald: Richterkönigtum, Führergrundsatz und Rechtsgestaltung. DJZ. 1934. S. 440 ff.
Peters: Nationalsozialismus und Strafrecht. JW. 1933. S. 1561 ff.
— Aufgaben der Rechtsanwendung im Strafrecht. Deutsches Strafrecht. 1933. S. 178 ff.
Püttmann: Adversariorum iuris Universi. Liber I, II. Leipzig 1775/78.
Rittler: Gesetztes und nicht gesetztes Strafrecht. ZStrW. Bd. 49. S. 451 ff.
Rumpf: Gesetz und Richter. Berlin 1906.
Sauer: Aufgaben und Gefahren der Strafrechtsreform. Deutsches Strafrecht. 1933. S. 176 ff.
— Nationalsozialistisches Strafrecht nach der Denkschrift des Preuß. Justizministers. DJZ. 1933. S. 1462 ff.
— Strafrechtliche Probleme in monadologischer Behandlung. Der Gerichtssaal. Bd. 100. S. 154 ff.
Savigny: Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Heidelberg 1814.
Schäfer, Ernst: Die leitenden Gedanken der beiden Gesetze zur Änderung des Strafgesetzes sowie zur Änderung des Strafverfahrens und des GVG. vom 28. 6. 1935. Deutsche Justiz. 1935. S. 991 ff.
Schäfer, Ernst u. Dohnanyi: Die Strafgesetzgebung der Jahre 1931 bis 1935, Nachtrag zu Frank, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 18. Aufl., Tübingen 1936.
Schäfer, Karl: Nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege. In Gürtner, das kommende deutsche Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1. Aufl. Berlin 1934. S. 128 ff. 2. Aufl. Berlin 1935 S. 200 ff. (Nullum crimen sine poena).
— Das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches vom 28. 6. 1935. JW. 1935. S. 2323 ff.
Schäfer, Leopold: Die Einzelheiten zur Strafgesetznovelle vom 28. Juni 1935. Deutsche Justiz. 1935. S. 994 ff.
Schaffstein: Die Zulässigkeit der alternativen Tatbestandsfeststellung im Strafprozeß. JW. 1934. S. 531 ff.
— Politische Strafrechtswissenschaft. Hamburg 1934.
— Formalismus im Strafrecht. Deutsches Recht 1934. S. 349 ff.
— Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschrift des preuß. Justizministers. ZStrW. Bd. 53, S. 603 ff.
Schem, Joachim: Die Analogie im Strafrecht in ihrer geschichtl. Entwicklung und heutiger Bedeutung. Strafrechtl. Abhandlungen. Heft 369. Breslau-Neukirch 1936.
Schinnerer: Analogie und Rechtsschöpfung. ZStrW. Bd. 55 S. 768 ff.
Schmidt, Eberhardt: Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand". ZStrW. Bd. 49. S. 350 ff.
Schmidt, Fritz: Zum neuen Strafgesetzbuch. Deutsches Recht. 1934. S. 58 ff.

Schmitt, Carl: Der Weg des deutschen Juristen. DJZ. 1934. S. 691 ff.
— Kodifikation oder Novelle. DJZ. 1935. S. 919.
— Nationalsozialismus und Rechtsstaat. JW. 1934. S. 713 ff.
— Staat, Bewegung, Volk. Hamburg 1933.
— Nationalsozialistisches Rechtsdenken. Deutsches Recht. 1934. S. 225 ff.
Schottländer: Die geschichtliche Entwicklung des Satzes nulla poena sine lege. Strafrechtliche Abhandlungen. Heft 132. Breslau 1911.
Schwarz: Der neue Strafprozeß auf Grund des Gesetzes vom 28. Juni 1935. DJZ. 1935. S. 925 ff.
— Die Rechtsanalogie in der Praxis. Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht. 3. Jahrgang. 1936. S. 287 ff.
— Strafgesetzbuch. 3. Aufl. München und Berlin 1936.
Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Bonn 1930.
Siegert: Auslegung und Analogie im heutigen Strafrecht. JW. 1935. S. 889 ff.
— Nulla poena sine lege. Kritische Bemerkungen zu den Vorschlägen der amtlichen Strafrechtskommission. Deutsches Strafrecht. 1934. S. 376. ff.
— Grundzüge des Strafrechts im neuen Staat. Tübingen 1934.
Stübel: System des Allgemeinen Peinlichen Rechts. 1. Bd. Leipzig 1795.
Thierack: Neues deutsches Strafrecht. DJZ. 1935. S. 913 ff.
Vacano: Soll eine Analogie zu Ungunsten des Angeklagten möglich sein? Deutsches Recht. 1934. S. 278 ff.
Wächter v.: „Über Gesetzes- und Rechtsanalogie im Strafrechte". Archiv des Criminalrechts. Neue Folge 1844. S. 413 ff., 535 ff.
— Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts. Teil I. Stuttgart 1825.
— Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht. Ein Handbuch. 1. bis 3. Lieferung. Stuttgart 1857/58.
Weimar: Sind Selbstmordversuch und Teilnahme hieran strafbar? DJZ. 1936. S. 174.
Wolf: Krisis und Neubau der Strafrechtsreform. Recht und Staat. Heft 103. Tübingen 1933.
Zaitzeff: Das Strafrechtswesen im Sowjetstaate. ZStrW. Bd. 51. S. 1 ff.
Zitelmann: Lücken im Recht. Leipzig 1903.

Heilig ist nicht das Gesetz,
Heilig ist nur das Recht
Und das Gesetz steht unter dem Recht.

Triepel[1]).

Einleitung.

§ 1. Die Stellung des Strafrechts im Leben des Volkes.

Eines der wichtigsten Gebiete staatlicher Sicherung des Lebens des Volkes ist das Strafrecht. Es ist dasjenige Rechtsgebiet, das mit am augenfälligsten dem Einzelnen ins Bewußtsein tritt und wohl am tiefsten und schwersten in das Leben des Einzelnen einzugreifen vermag. Im Strafrecht erkennt man den Willen eines Volkes zur Selbstbehauptung und den Willen eines Staates, für das Volk die Sicherung für die Zukunft aufzubauen[2]). Nach deutscher Auffassung entspricht das Recht, und damit auch das Strafrecht, der ewigen Rechtsidee und offenbart sich durch das Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein des Volkes. Die Pflege des Strafrechts und seine Anwendung im Einzelfall dienen der Erhaltung der Volksgemeinschaft. Niemals wird es gelingen, die unerschöpfliche Fülle des Lebens mit all den Fragen und Schwierigkeiten, die es aufwirft, in die engen Paragraphen eines Gesetzbuches einzuzwängen. Das Recht muß daher lebendiges Recht sein. Es ist nicht aus sich heraus zu verstehen, es ist keine Erfindung einzelner Menschen, es ist aufs engste mit Volk und Staat verknüpft[3]).

Ihr begrenzendes Prinzip erhält die staatliche Strafrechtspflege einzig und allein durch die Idee der Gerechtigkeit[4]). Die Verwirklichung dieser Idee aber muß das Hochziel einer gesunden und vernünftigen Strafgesetzgebung eines jeden Staates sein. Es ist nicht zuviel behauptet, zu sagen, daß das in einem Staate geltende Strafrecht in besonderem Maße Ausdruck des Wesens dieses Staates ist, daß in ihm die Weltanschauung, die diesen Staat trägt, mit am deutlichsten zu Tage tritt. In seiner Strafgesetzgebung hat jeder Staat

---

[1]) Angeführt bei Matzke JW 1934. S. 1616.
[2]) Frank, Leits. a. a. O. S. 5.
[3]) Siegert, Grundz. a. a. O. S. 10.
[4]) Exner, a. a. O. S. 28.

zu zeigen, welche Werte ihm die wichtigsten und heiligsten für das Leben des Volkes scheinen, welche Werte geschützt und erhalten werden sollen. Es geht hier um die Frage, soll der Einzelne in den Mittelpunkt der Betrachtungen gestellt, ihm eine unversehrbare Freiheitsgarantie gewährleistet werden oder sollen vor den Einzelnen und seine oft so kleinlichen Interessen die Volksgesamtheit und ihre Interessen gestellt und zur tragenden Idee der ganzen Rechtsordnung gemacht werden. Aus dieser Grundhaltung heraus ergibt sich dann auch zwangsläufig die Haltung der Strafrechtsordnung zu der Frage Gesetz und Richter, die Einstellung zur Analogie. Welches in den verschiedenen Zeiten die Stellung zu diesem grundlegendsten Problem des Strafrechts war, woraus sich diese Haltung im Einzelnen ergibt, welches vor allem die Einstellung des heutigen nationalsozialistischen Staates ist, das zu untersuchen, wird die Aufgabe sein.

I. Teil:

§ 2. Der Begriff der Analogie und der Auslegung für das Strafrecht.

Um die Stellung der Analogie und der Auslegung im Strafrecht zu erfassen und ihr Verhältnis zueinander klarlegen zu können, ist die Herausarbeitung dieser Begriffe vorweg erforderlich. Ganz allgemein kann festgestellt werden, daß im Schrifttum über die Begriffe keineswegs eine einheitliche Auffassung besteht. Es treten hier nicht selten Unklarheiten und Widersprüche zu Tage und es ist manchmal schwer, festzustellen, was der jeweilige Bearbeiter nun eigentlich meint, wenn er von Auslegung und Analogie spricht, ohne diese Begriffe vorher gegeneinander abgegrenzt zu haben. Betont werden muß hier allerdings, daß die gegenseitige Abgrenzung der beiden Begriffe nicht mehr von der überragenden Bedeutung ist, seitdem auch die Analogie im Strafrecht Eingang gefunden hat. Im Interesse der Klarheit und sauberen Abgrenzung der Fragestellung vor allem für die Zeit vor Erlaß der Strafrechtsnovelle von 1935 ist aber eine Herausstellung der beiden Begriffe hier erforderlich.

1. Analogie und Auslegung.

Im Gegensatz zu früher hat sich im Schrifttum der letzten Zeit eine gewisse einheitliche Grenzziehung zwischen Analogie und Auslegung herausgebildet. Die herrschende Lehre hat schon immer eine scharfe Trennung verlangt[5]). Wenn wir mit dem Begriff der Auslegung beginnen, so scheiden sich bereits hier die Geister. Die eine, engere Auffassung zwingt die Auslegung in den Wortlaut des Gesetzestextes. Er soll Ausgangspunkt wie Grenze sein[6]). Die weitere und richtige Auffassung rechnet zur Auslegung auch noch den auf

[5]) Binding, a. a. O. S. 215. Eick, a. a. O. S. 31. Hepp, a. a. O. S. 103. Köhler, a. a. O. S. 85. v. Wächter, AFN. 1844. S. 419.

[6]) Schwinge, a. a. O. S. 48. Köhler, a. a. O. S. 85.

Grund einer zweckentsprechenden Betrachtung des Wortlauts gewonnenen Sinn eines gesetzlichen Tatbestandes. Darüber aber, wie das Ziel dieser Sinnesauslegung genauer zu bestimmen sei, bestehen wiederum zwei entgegengesetzte Auffassungen. Die ältere, die sogenannte subjektive Theorie hält für maßgebend allein den im Gesetz zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers, also den Sinn, den der Gesetzgeber bei Erlaß des Gesetzes mit seinen Worten verband[7]). Dagegen stellt die jüngere Auffassung, die sogenannte objektive Theorie darauf ab, daß maßgebend für die Auslegung nicht der Wille des Gesetzgebers, der Werdegang des Gesetzes, ist, sondern der Inhalt des Gesetzes, der vom Gesetzgeber abgelöste Willen des Gesetzes selbst, der Sinn, der aus den Worten des Gesetzes unter Zugrundelegung der im Zeitpunkt der Auslegung gegebenen Verhältnisse und Anschauungen zu entnehmen ist[8]). Richtig ist auch hier die letztere Auffassung.

---

[7]) Vergl. Enneccerus-Nipperdey, a. a. O. S. 144 u. die dort in Anm. 2 Angeführten. In dieser Richtung auch Art. 6 d. österr. ABGB: „Einem Gesetz darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet." Neuestens Engisch, a. a. O. S. 87 ff., nach dem die objektive Auslegungslehre „teils Rechtsergänzung, teils Rechtsfortbildung" ist (S. 90) und der als Auslegung im Gegensatz zur Rechtsergänzung oder Rechtsfortbildung die „Erforschung des einem Ausdruck mitgegebenen subjektiven Sinnes" ansieht (S. 89). Wenn Engisch, a. a. O. S. 87 Anm. 1 ausführt, daß die subjektiv-teleologische Auslegungsmethode dem Führerprinzip entspräche, so ist demgegenüber zu betonen, daß auch die objektive Methode bei ihrer Wertung ausgeht von dem gesunden Volksgeist und somit auch stets in Übereinstimmung mit dem Willen der Führung stehen wird. Daß sich bei Anwendung der subjektiven Methode Schwierigkeiten vor allem im Verhältnis des alten zum neuen Recht ergeben, verkennt auch Engisch nicht. Er wirft in diesem Zusammenhang die Frage auf (S. 87), ob man nicht „trotz grundsätzlicher Anerkennung der subjektiv-teleologischen Auslegungsmethode" „gerade bei Prinzipienwidrigkeiten zwischen altem und neuem Recht" die nationalsozialistischen Gesetze nach der subjektiv-teleologischen, die älteren aber nach der objektiven Auslegungsmethode auslegen soll, um letztere „nach Möglichkeit mit nationalsozialistischem Sinne" zu erfüllen, verneint a. a. O. S. 89 aber eine derartige Möglichkeit auf Grund des „radikalen Unterschieds" zwischen Auslegung und Rechtsergänzung bezw. Rechtsfortbildung.

[8]) So Binding, a. a. O. S. 455: „Es ist der nachweisbare Wille, aus welchem heraus der Herrscher das Gesetz erlassen hat, für seine Auslegung wichtig genug, aber nicht verbindlich". Kohler, a. a. O. S. 19: „Maßgebend ist nicht der etwaige Wille des Gesetzgebers, sondern der vernünftige Inhalt des Gesetzes, welches so ausgelegt werden muß, daß es den Regeln der Gerechtigkeit am besten entspricht". Mezger, Strafrecht a. a. O. S. 80: „Der Inhalt des Gesetzes (der Wille des Gesetzes), nicht sein Werdegang (Wille des Gesetzgebers) ist bindendes Recht" und neuestens ZStrW. Bd. 55 S. 2: „Nicht der historisch erfaßbare Wille eines in der Vergangenheit tätig ge-

(Fortsetzung nächste Seite)

Zweck und Ziel der Auslegung ist, den dem Gesetz innewohnenden Gedanken so klar zu stellen und herauszuarbeiten, wie es einem gesunden Rechtsempfinden entspricht. Es gibt keinen irgendwie beachtlichen Buchstaben ohne Geist, die Trennung von Wort und Sinn des Gesetzes ist im Grunde genommen unvorstellbar. Freilich ist zu beachten, daß im Interesse einer Trennung die Auslegung im Rahmen des Gesetzes ihre Grenze haben muß. Der Gesetzgeber ist nie in der Lage, sich über den Sinn und die Tragweite seiner einzelnen gesetzlichen Bestimmungen eine vollständige Ansicht zu bilden[9]), das Gesetz aber hat den Zweck, den ein gesunder Volksgeist aus ihm entnimmt. Wir können die Auslegung bezeichnen als diejenige Tätigkeit des Richters, die aus einem gesetzlichen Tatbestand unter Berücksichtigung der „wechselnden Anschauungen der Zeit auf geistigem, wirtschaftlichem und gesellschaftlichem Gebiet" (RGZ. 145, 366) dessen wahren Inhalt, das herausholt, was nach seinem Wortlaut und der Satzstellung in ihm enthalten ist[10]).

2. Die ausdehnende Auslegung insbesondere.

Innerhalb der Auslegung ist nun weiterhin die einschränkende und die ausdehnende Auslegung zu unterscheiden. Während die erstere dem Wortlaut des Gesetzes gegenüber einengend wirkt, ordnet letztere Tatsachen und Verhältnisse der betreffenden Gesetzesbestimmung unter, die auf den ersten Blick nicht unter dieselbe zu fallen scheinen. Dies ist bereits eine Ausdehnung des gesetzlichen Tatbestandes.

Nur die ausdehnende Auslegung kann hier von Beachtung sein. Sie bewegt sich in Richtung auf die Analogie zu und wird dieser gegenüber im einzelnen Fall oft nicht ganz fest und klar abgegrenzt werden können[11]). Es läßt sich ja schon nach einer Auffassung die Zweckauslegung des Gesetzes (ohne ausdehnende Tendenz) dann nur

---

wordenen Gesetzgebers, sondern das Verstehen und die Auslegung des Gesetzes aus den Bedürfnissen und Anschauungen der nationalsozialistischen deutschen Gegenwart und ihrer politischen Struktur erschließt das im Gesetz enthaltene wirkliche Recht". In dieser Richtung auch RGZ. 145, 366 = JW 1935 S. 1018: „handelt es sich um ein Gesetz, das nicht blos ein Augenblicksbedürfnis befriedigen will, ... so kann es nicht ohne Rücksicht auf die wechselnden Anschauungen der Zeit auf geistigem, wirtschaftlichem, gesellschaftlichem Gebiet ausgelegt werden" und auch Art. 2 des Gesetzes vom 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 844) „Das Reichsgericht... ist berufen, darauf hinzuwirken, daß bei der Auslegung des Gesetzes dem durch die Staatserneuerung eingetretenen Wandel der Lebens- und Rechtsanschauung Rechnung getragen wird".

[9]) Binding, a. a. O. S. 455/56.

[10]) Vergl. Ackermann, a. a. O. S. 3.

[11]) Vergl. Exner, a. a. O. S. 24.

unklar von der Analogie trennen, wenn sie die Gesetzesworte in Beziehung zum Gesetzeszweck setzt[12]). Von großer Bedeutung war die Abgrenzung der ausdehnenden Auslegung zur Analogie noch bei Geltung des § 2 StGB. a. F., da die ausdehnende Auslegung dem Richter gestattet war, was dann auch oft zu einer Umgehung des Verbots des § 2 StGB. führte. Aufgabe der ausdehnenden Auslegung ist es, den wahren Inhalt eines mit Worten unvollkommen ausgedrückten Rechtssatzes gegenüber seinem zu engen unmittelbaren Wortlaut festzustellen, das Gesetz also auch auf die Fälle auszudehnen, die in ihm, wenn auch nicht unmittelbar nach dem unvollkommenen Wortlaut, so doch nach dem am gesetzgeberischen Gedanken (Zweck) ausgerichteten möglichen Wortsinn enthalten sind. Es soll der Sinn des Gesetzes gegenüber dem zu engen Wortlaut klar gestellt werden[13]).

3. Gesetzes- und Rechtsanalogie.

Entgegen der Auslegung entwickelt die Analogie die im Gesetz niedergelegten Gedanken weiter und stellt damit schöpferisch[14])

---

[12]) Freisler, Deutsches Strafrecht. 1935. S. 11 auf Grund der Darlegungen von Dahm in JW 1934 S. 1176, wo aber der „mögliche Wortlaut" — besser: „mögliche Wortsinn" zu eng gefaßt wird.

[13]) Siehe neuestens Niethammer, ZStrW. Bd. 55. S. 755. „Die Auslegung eines Gesetzes bemüht sich darum, daß sie dessen Sinn ergründe, daß sie alles erhebe, was der Gesetzgeber, als er das Gesetz schuf, dachte und was er durch das Gesetz zum Ausdruck bringen wollte. Auch die ausdehnende Auslegung bewegt sich in diesem Rahmen, allerdings mit dem Ziel, auch noch den über die Worte hinausgreifenden Sinn des Gesetzes zu erfassen. (Dagegen ist die entsprechende Anwendung die Anwendung des Gesetzes auf einen Tatbestand, den der Gesetzgeber überging, weil er nicht an ihn dachte)". Nicht klar Schimmerer, ZStrW. Bd. 55. S. 776: Die extensive Interpretation frage nach dem Sinn des Wortlauts und stelle „dem Gesetzesgedanken gegenüber den Zweck des Ausdrucks" klar, während die Analogie auf das Prinzip zurückgehe, das dem Gesetz (im einzelnen oder als Ganzes) zu Grunde liege.

[14]) Die Analogie ist rechtsschöpferische, weil den Gedanken fortbildende Tätigkeit. Schief: Schinnerer, ZStrW. Bd. 55. S. 777, der „Analogie" und „Rechtsschöpfung" einander gegenüber stellen will; bei letzterer gehe der Denkvorgang nicht von einem Gesetz aus, sondern von einem Prinzip der materiellen Rechtsidee, „wenn er sich dann an einer Gesetzesbestimmung orientiert, sprechen wir von einer gebundenen, sonst aber von einer freien Rechtsschöpfung". (Siehe auch a. a. O. zu der Unterscheidung von Analogie und „gebundener Rechtsschöpfung". Richtig ist hieran nur, daß bei der Analogie der Denkvorgang „von einem Gesetz" ausgeht, aber nicht, daß diese nicht „rechtsschöpferisch" sei, sie ist auch „gebundene Rechtsschöpfung". Richtig Niethammer, ZStrW. 55. S. 763, der in der „entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes" eine „rechtsschöpferische Tätigkeit" erblickt. Mezger, Leitf. S. 36 will neuestens schon der Auslegung „schöpferische Aufgaben zuschreiben".

einen neuen Rechtssatz auf. Die Analogie geht über das Gesetz hinaus, muß sich aber im Rahmen des Rechts halten, auch die sogenannte „Rechtsanalogie". Hier ist zu bemerken, daß zwischen „Gesetzes"- und „Rechtsanalogie" unterschieden wird. Diese Unterscheidung stammt aus dem letzten Jahrhundert und zwar von v. Grolmann[15]) und ist seitdem von der Wissenschaft übernommen worden[16]). Nicht übernommen haben die Zweiteilung Bekker, Marezoll und Binding, wofür sie aber eine für die damalige Zeit überzeugende Begründung nicht abzugeben vermögen. Selbst sie haben zugegeben, daß der Zweiteilung „ein ganz gesunder Gedanke zu Grunde liegt"[17]) und daß „sie für praktische Zwecke nicht unbrauchbar ist"[18]). Während im BGB. stets scharf zwischen „Gesetzes"- und „Rechtsanalogie" unterschieden wurde, findet sich diese Trennung im Strafrechtsschrifttum der letzten Jahrzehnte nur zum Teil[19]), aber keineswegs durchweg. Die Definitionen, die gegeben werden, umfassen oft beide Arten, treffen genau genommen häufig aber nur die „Gesetzesanalogie" zu. Eine scharfe Unterscheidung hat erst wieder in den letzten Jahren eingesetzt, als die Frage der Zulassung der Analogie in den Vordergrund trat und verschiedentlich unter Zulassung der „Gesetzesanalogie" derjenigen der „Rechtsanalogie" entgegengetreten wurde. Diese Unterscheidung ist nun neuestens — praktisch wenigstens — als überholt anzusehen, wenn auch richtig ist, daß die Ausgangspunkte ver-

---

[15]) Grolmann, Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft, I. Teil, 1. Stück (1797) S. 67/68 unterscheidet: 1. Fälle, die sich unter ein „bestimmtes Gesetz ... analogisch subsummiren" lassen, 2. Fälle, in denen der „Geist der positiven Gesetzgebung", die „Grundsätze, auf welche das System der Gesetzverfassung eines Staates gebaut ist", die richterliche Entscheidung leiten. „Eine solche Entscheidung würde nun nicht aus der Analogie eines bestimmten Gesetzes, sondern vielmehr aus der Analogie der Gesetzgebung fließende — würde Rechtsanalogie genannt werden müssen." (S. 68) Die Unterscheidung stammt nicht, wie vielfach angenommen, von v. Wächter, wie dieser selbst hervorhebt (AFN. 1844, S. 416, Anm. 4). Die Unterscheidung wird aber von Wächter besonders vertreten. Vergl. Wächter: „Über Gesetzes- und Rechtsanalogie..." AFN. 1844, S. 413 ff. und S. 535 ff. und schon Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts (1825) I § 41. Der Sache nach ist die Unterscheidung schon zu finden bei Stübel, System des allgemeinen peinlichen Rechts, Bd. I (1795) § 79, S. 57: „Je nachdem nun auf den Geist eines ganzen Rechtskörpers, oder einer gewissen Art von Gesetzen oder eines einzelnen Gesetzes gesehen wird, so ist die Analogie entweder die allgemeine oder die besondere oder die ganz besondere". Er hat also eine Dreiteilung. Die herrschende Meinung stellt die beiden ersten der von ihm unterschiedenen Arten unter die „Rechtsanalogie". Siehe auch Binding, a. a. O. S. 216, Anm. 11.

[16]) Auch im Ausland, s. z. B. S. 79 und Anm. 198, 200.

[17]) Vergl. Ackermann, a. a. O. S. 4.

[18]) Binding, Handb., a. a. O. S. 216.

[19]) So bei Eick, a. a. O. S. 29, Köhler, a. a. O. S. 86.

schieden sind. Die „Gesetzesanalogie" geht aus von dem Grundgedanken eines bestimmten einzelnen gesetzlichen Rechtssatzes und wendet diesen letzteren „entsprechend" auf solche nicht ausdrücklich entschiedenen Fälle an, die „ähnlich" sind, d. h. auf die derselbe Grund (dieselbe ratio legis) zutrifft, die „Rechtsanalogie" andererseits geht nicht von dem einzelnen Gesetz, sondern von den Grundprinzipien, die einer ganzen Reihe von gesetzlichen Rechtssätzen zu Grunde liegen, von „den aus dem ganzen Geist der Gesetzgebung sich ergebenden Grundsätzen" aus, und sucht so einen bisher gesetzlich nicht geregelten Fall zu erfassen[20]). Bei alledem aber führt gerade die „Rechtsanalogie" nicht über das Recht hinaus. Sie arbeitet nicht unsicherer, als die „Gesetzesanalogie", wie häufig angenommen wird, sie ist lediglich auf eine breitere Grundlage ge-

---

[20]) Siehe zu der Unterscheidung Wächter, Lehrb. I, § 41, S. 62: „Anwendung a) der Bestimmungen eines einzelnen Gesetzes auf nicht ausdrücklich entschiedene ähnliche Punkte wegen Gleichheit des Grundes — Gesetzesanalogie, b) der aus dem ganzen Geist der positiven Gesetzgebung sich ergebenden Grundsätze auf nicht ausdrücklich entschiedene Punkte, die auch nicht einmal dem Grunde nach sich nach einem einzelnen Gesetze entscheiden lassen — Rechtsanalogie". Besonders: Wächter, AFN. a. a. O. S. 423 ff., wo er im Gegensatz zur „Analogie eines bestimmten einzelnen Gesetzes" von der „Analogie des gesamten positiven Rechts" spricht, „d. h. er (der Richter) muß aus der positiv rechtlich gebildeten Natur der Sache und dem Geiste des bestehenden Rechts überhaupt und den demselben zu Grunde liegenden allgemeinen Prinzipien sich eine Entscheidungsnorm bilden". S. 425 ff.: Gesetzes- und Rechtsanalogie seien darin verschieden, „daß die Norm für die Ergänzung der Lücken des Gesetzes bei jeder auf einem verschiedenen Wege gefunden wird; in dem einen Fall bildet die Entscheidung eines einzelnen Gesetzes die analoge Entscheidungsnorm, in dem anderen wird diese Norm gebildet durch die allgemeinen Prinzipien, welche aus der positiven Gesetzgebung überhaupt oder aus Entscheidungen, die in verschiedenen Gesetzen enthalten sind, abgeleitet werden". Köstlin, System a. a. O. Bd. I, S. 59 ff.: „Daß zunächst die Bestimmung eines konkreten Gesetzes wegen gleicher ratio legis auf die übergangenen Punkte angewendet, in Ermangelung eines solchen bestimmten Gesetzes aber auf die aus dem ganzen Geist der positiven Gesetzgebung sich ergebenden Grundsätze behufs seiner Entscheidung zurückgegriffen wird (Gesetzes-Rechts-Analogie)". Binding, Handbuch a. a. O. S. 216 ff.: (zu sehr „quantitativ" gefärbt) Ausgangspunkt bildet „bald nur ein Rechtssatz, bald eine kleinere oder größere Mehrheit von Rechtssätzen". Neuestens: Ackermann, a. a. O. S. 5: „Gesetzesanalogie ist die Anwendung eines bestimmten gesetzlichen Tatbestandes auf einen ähnlichen, gesetzlich nicht geregelten Fall", „Rechtsanalogie ist die Anwendung eines der gesamten Gesetzgebung zugrunde liegenden Prinzips auf einen gesetzlich nicht geregelten Fall, der diesem Grundprinzip entspricht". Freisler, Deutsch. Strafrecht, 1935, S. 9, „Der Rechtsanalogieschluß bedarf nicht des Anschlusses an einzelne Straftatbestände, sondern nur an die im Gesetz ausgesprochenen Grundsätze". Nicht ganz genau, weil auf verschiedene Stellung zum Wortlaut des Gesetzes abstellend, sieht Schinnerer, ZStrW. Bd. 55, S. 778 die Unterschei-

(Fortsetzung nächste Seite)

stellt als diese[21]) und geht aus von dem ganzen Geiste der Gesetzgebung[20]). Wenn auch, wie oben bereits gesagt, die Trennung der Begriffe der Auslegung und Analogie flüssig ist und oft Schwierigkeiten zu bereiten vermag, so ist es bei genauer und klarer Betrachtung der Grundlage und des Ausgangspunktes doch möglich, eine Unterscheidung herbeizuführen und praktisch zu gestalten.

---

dung darin, „daß die Gesetzesanalogie von dem Gesetzeswortlaut ausgeht, die Rechtsanalogie dagegen von dem Geist der positiven Gesetzgebung" oder „den aus dem positiven Recht im Ganzen sich ergebenden Prinzipien". Unrichtig ist auch, wenn Schinnerer, ZStrW. a. a. O. S. 778 einen wesentlichen Unterschied in der Auffassung von Grolman und Wächter einerseits und Binding andererseits auffinden will: „Die Rechtsanalogie geht bei ihm — Binding — von einer Mehrzahl der Gesetze aus, bei Grolman und Wächter überhaupt nicht vom Gesetzestext, sondern unmittelbar von den Prinzipien des Rechtes"; denn auch Grolmann und Wächter gehen doch vom Geist, den Prinzipien der positiven Gesetzgebung aus (nachher spricht Schinnerer, a. a. O. selbst von „Prinzipien der gesamten Gesetzesordnung") und Wächter, AFN. a. a. O. S. 425 ff., s. o., spricht ausdrücklich auch von Ableitung „aus Entscheidungen, die in verschiedenen Gesetzen (also einer Mehrzahl von Gesetzen) enthalten sind". Ebenso ist die Bemerkung unrichtig, daß Wächter und Grolmann damit das Gebiet der „Analogie" überhaupt verlassen, denn nur das „Gesetz" könne analog angewendet werden, „nicht die Prinzipien des materiellen Rechts", gehe aber die Rechtsanalogie nicht vom Gesetzeswortlaut aus, sondern von den allgemeinen Prinzipien der gesamten Rechtsordnung, (wie soll man dann von der Gesetzesordnung, die hier durcheinander geworfen wird, mit dem „materiellen Recht" ausgehen, wenn nicht im Anschluß an das Gesetzeswort?) dann haben beide Formen der Analogie nichts gemeinsam und die Rechtsanalogie könne überhaupt nicht mehr als „Analogie" angesprochen werden; wenn man aber „Analogie" so erfasse, daß sie als Ausgangspunkt immer eine Gesetzesbestimmung habe (was richtig ist, s. o.), dann erscheine die Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie unwesentlich und tatsächlich nur mehr quantitativer Natur, es bleibe dann nur der zahlenmäßige Unterschied durch Verwendung einer oder mehrerer Stellen als Ausgangspunkt, wobei zu bemerken ist, daß quantitativer Unterschied doch nicht einfach-unwesentlicher Unterschied ist.

[21]) Binding, a. a. O. S. 217: Die Unterscheidung beziehe sich nur „auf die Quantität des Ausgangspunktes", Freisler, Jahrb. a. a. O. S. 523 spricht hier von „Gradverschiedenheit", Finger Ger. Saal, Bd. 106 S. 230 von einer verschiedenen Breite des Ausgangspunktes für die „Sinngewinnung der Zeichenkomplexe", die bei der Rechtsanalogie eine umfassendere sei, als bei der Gesetzesanalogie. Dagegen: Schinnerer, a. a. O. S. 778: Die Auffassung, es bestehe nur ein quantitativer Unterschied, werde der Unterscheidung nicht gerecht. Siehe aber derselbe a. a. O. S. 778: wenn man die Analogie so erfasse, daß Ausgangspunkt immer eine Gesetzesbestimmung sei, sei der Unterschied der Gesetzes- und Rechtsanalogie „unwesentlich und tatsächlich nur mehr quantitativer Natur".

II. Teil:

§ 3. Die Entwicklung des Analogieverbots in Deutschland bis zum Reichsstrafgesetzbuch von 1871.

1. Römisches und germanisches Recht.

Einem jeden jungen, noch in seiner Entstehung begriffenen Recht ist es eigen, daß nur wenige strafbare Handlungen — sozusagen als Grundtatbestände — gesetzlich festgelegt sind. Darüber hinaus muß sich der Richter auf Gewohnheitsrecht und Analogie stützen. Erst mit dem Einsetzen einer gewissen Entfremdung des Richters vom Volke bildet sich die Fülle der jede strafbare Handlung regelnden Straftatbestände heraus. So kannte das alte römische[22]) wie das germanische Recht und selbst noch das Strafrecht bis herauf ins Mittelalter kein Verbot der Bestrafung auf Grund sinngemäßer Gesetzesanwendung[23]). Auch nach dem valerischen Gesetz, mit dem das öffentliche Strafrecht in Rom beginnt, ist der Magistrat keineswegs an die Gesetze gebunden. Die spätere römische Strafrechtswissenschaft hat nicht verkannt, daß nicht die Worte des Strafgesetzes für die Rechtspflege maßgebend sind, sondern dessen Gedanke und daß der Schutz dieses Gedankeninhalts eines Gesetzes gegen die Unvollkommenheit seiner Fassung notwendig ist[24]).

Das älteste deutsche Recht war reines Gewohnheitsrecht. Erst in fränkischer Zeit entstanden gewisse Kodifizierungen im Strafrecht, aber daneben bestand das Gewohnheitsrecht weiter. Für den Gedanken des Analogieverbotes, den Satz nulla poena sine lege, keine Strafe ohne Gesetz, war noch kein Raum. Der König war oberster Richter und Gesetzgeber. Es gab auch eine allein in sein Ermessen gestellte Strafe, die harmscara[25]). Ein einheitliches Recht gab es noch nicht,

[22]) Eick, a. a. O. S. 11, v. Hippel, Bd. I a. a. O. S. 65, Binding, a. a. O. S. 218, Anm. 3, Wächter, Lehrb. a. a. O. S. 68 ff., Mommsen, a. a. O. S. 127, Schottländer, a. a. O. S. 4 u. 6.

[23]) v. Hippel, a. a. O. S. 101, Matzke, a. a. O. S. 1612, Schottländer, a. a. O. S. 19.

[24]) Vergl. Mommsen, a. a. O. S. 127, Dig. 48, 4, 7, 3 u. Dig. 48, 9, 3.

[25]) Exner, a. a. O. S. 12, Matzke, a. a. O. S. 1612, Schottländer, a. a. O. S. 22.

zumal da nach Karl d. Großen wieder ein Zerfall einsetzte. Die Königsgesetze dieser Zeit und später die Reichsgesetze, die Landfrieden, Rechtsaufzeichnungen, wie der Sachsenspiegel usw. sind noch keine erschöpfenden und abschließenden Regelungen, die Richter sind hieran nicht unbedingt gebunden[26]). Dies ist der Zustand bis weit hinein ins Mittelalter. So heißt es beispielsweise noch in der Tiroler Halsgerichtsordnung von 1499, daß die Richter bei den Übeltaten „so also nicht hierin ausgedrückt sein" zu strafen und zu urteilen haben „nach ihrem pesten versteen und gestalt einer yeden ubeltat". Die Analogie wird also gestattet[27]).

2. Carolina.

Gelegentlich wird die erste Anerkennung des Satzes „Keine Strafe ohne Gesetz" in Art. 104 und 105 der C.C.C. gesehen[28]). Dieses Gesetz, „Kaiser Karls V. und des heiligen Römischen Reichs peinlich Gerichts-Ordnung", die Constitutio criminalis Carolina von 1532 ist die erste reichsrechtliche Zusammenfassung des Strafrechts. Aus diesem Gesetz aber ein Analogieverbot herauslesen zu wollen, ist weder mit dem Wortlaut der betreffenden Bestimmungen noch mit der geschichtlichen Entwicklung der Folgezeit, überhaupt den damaligen Anschauungen in Einklang zu bringen[29]). Weder in Artikel 104 noch in Art. 105 C.C.C.[30]) kann ein Verbot erblickt werden, das der Bestrafung nach Analogie im Wege stehen würde[31]). Auch die Deliktstatbestände der C.C.C. haben nur den Wert von Beispielen. Nur soll nicht mehr jeder ungelehrte Richter nach Analogie bestrafen dürfen. Richter und Urteiler sollen in zweifelhaften Fällen nicht selbst entscheiden, vielmehr sich Rats fragen. Die Entscheidung soll dann weiterhin auf dem kaiserlichen, also dem römischen Recht und

---

[26]) Matzke, a. a. O. S. 1613, Schottländer, a. a. O. S. 34.

[27]) Ackermann, a. a. O. S. 6, v. Hippel, a. a. O. S. 140, Anm. 1.

[28]) So z. B. Kleinschrod, a. a. O. II S. 309 ff. betr. Art. 104 C.C.C., s. dazu und dagegen Feuerbach, Rev. II, S. 27 ff. u. Wächter, Lehrb. S. 71 (betr. Rechtsanalogie), s. auch weiter Schottländer, a. a. O. S. 36 ff. über die Bambergensis u. die Brandenburgensis (als Vorläuferinnen d. C.C.C.), wo zum ersten Mal „eine gesetzliche Bestimmung über den Satz n. p. s. l., wenn auch nicht in seiner heutigen strengen Bedeutung" enthalten sei; zu Art. 104 u. 105 C.C.C. a. a. O. S. 38 ff.: Es sei hier der Grundsatz „nulla poene sine lege" aufgestellt, „allerdings, ohne hierbei... die Anwendung der Analogie... unter allen Umständen streng zu verbieten", ein ausdrückliches Verbot der Analogie bestehe nur für die Richter und Urteiler, die nicht gelehrten Unterrichter (S. 37). Blohm, a. a. O. S. 78 ff. spricht von einer „Verkörperung des Grundsatzes n. p. s. l., wenn auch nicht in dem heutigen modernen Sinn des Satzes".

[29]) Ackermann, a. a. O. S. 6, Matzke, a. a. O. S. 1613.

Anmerkung 30 und 31 s. n. Seite.

der Karolina selbst beruhen. Damit ist nur der Unwissenheit und Willkür der Schöffen und der mißbräuchlichen Anwendung der Analogie durch die unteren Gerichte eine Schranke gesetzt[32]).

3. Gemeines Strafrecht.

Unter dem Einfluß der Reception des fremden, römischen Rechts, besonders auch des kanonischen und des nach der C.C.C. entstehenden richterlichen Gewohnheitsrechts schuf die Wissenschaft das gemeine deutsche Strafrecht. In dieser Zeit galt freieste richterliche Willkür. Der Richter konnte selbst Tatbestände bilden und sog. poena extraordinaria verhängen. Der bedeutendste der Rechtslehrer dieser Periode, dessen Rat die Richter und Urteiler einholten, war Benedikt Carpzow (1595—1666), Richter am Schöffenstuhl in Leipzig. Carpzow läßt analoge Bestrafung zu, diese soll aber nicht willkürlich erfolgen, sondern der Richter soll „fidem, aequitatem et religionem" berücksichtigen[33]). Einzig und allein die Todesstrafe bil-

[30]) Art. 104 C.C.C.: „Aber sonderlich ist zu merckenn, jnn was sachen oder derselben gleichen vnsere keiserliche rechte keinerley peinlicher straffe am lebenn, eeren, leip oder gliedern setzenn oder verhengen, das Richter vnnd vrtheiller darwidder auch nymands zum tot oder sunst peinlich straffen". Art. 105 C.CC.: „Item ferner ist zu vermerckenn, jnn was peinlichen fellen vnd verclagungen die peinliche straff jnn dissen nachvolgenden artickelln nit gesetzt oder genugsam erclert oder verstenndigt weere, sollen Richter vnnd vrtheiller, so es zu schulden kompt, Raths pflegen, wie jnn sollichen zufelligen oder vnverstendtlichen fellen vnseren keiserlichenn Rechtenn vnnd disser vnserer ordnung am gemeßisten gehandelt vnnd geurtheillt werdenn soll, vnnd alsdann jr erkanntnüss darnach thun". (Text nach Kohler).

[31]) Binding, a. a. O. S. 218, Anm. 1. Siehe zur Auslegung der Artikel 104 und 105 C.C.C. für das ältere Schrifttum die bei Wächter, Lehrb. a. a. O. S. 73 und Köstlin, a. a. O. S. 62, Anm. 3 angeführten neben den in Anm. 32 der Arb. genannten neueren Schriftstellern.

[32]) So die h. L. über die C.C.C., Matzke, a. a. O. S. 1613, Eick, a. a. O. S. 11, Hennings, a. a. O. S. 6, v. Hippel, Bd. I, a. a. O. S. 177.

[33]) Carpzow, Questio CXXXIII Nr. 6, Hennings, a. a. O. S. 9, v. Hippel, Bd. I, a. a. O. S. 236 ff. (S. 236, Anm. 12, S. 238, Anm. 2). Das Schrifttum bejaht für jene Zeit die Zulassung der Analogie in jeder Beziehung, auch betreffend die Strafbarkeitserklärung. S. Wächter, Lehrb. a. a. O. S. 67 ff. (Anm. 93 und das dort angeführte weitere Schrifttum, S. 242, Anm. 92), Köstlin, a. a. O. S. 61, Anm. 7 u. die dort Genannten. Es wurde aber z. T. behauptet (s. Binding, a. a. O. S. 217, Anm. 15), daß fürs gemeine Recht die Strafbarkeitserklärung durch Gesetzesanalogie zulässig, die durch Rechtsanalogie aber zweifelhaft (so Wächter, Lehrb. § 41, S. 69 ff.) oder unzulässig sei (so Heffter, a. a. O. S. 30, § 23: „dagegen ist ein bloßes Argumentieren aus dem Geist einer ganzen Gesetzgebung, oder der sog. Parallelismus, die Rechtsanalogie... zur Begründung einer Strafe für einen nicht vorhergesehenen Fall unzulässig". Bejahend auch hier Köstlin, a. a. O. S. 62, Anm. 3 (dort weiteres Schrifttum).

det bei ihm eine Ausnahme von der allgemeinen Willkür. Sie soll nur verhängt werden, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist[34]). Im übrigen befand sich ja das Strafrecht in der Zeit nach der C.C.C. bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts in einem Zustand der vollständigen Auflockerung jeder Grundlage.

4. Strafgesetzgebung im 17./19. Jahrhundert.

Mit dem Erstarken der Landesstaatsgewalten entstanden auch auf dem Gebiet des Strafrechts landesrechtliche gesetzliche Regelungen. Diese haben alle mehr oder weniger die Tendenz einer abschließenden, erschöpfenden Regelung und bringen einschneidende Neuerungen. Als erstes dieser Gesetze erging im Jahre 1751 der Codex juris Bavarici. Nach § 10 L 11 ist hier Bestrafung nach Analogie zulässig. Auch die Constitutio criminalis Theresiana von 1769 (II, 104) kennt kein Verbot der Bestrafung nach Analogie, sie spricht von einer Bestrafung nach „Ähnlichkeit". Nach dem Strafgesetzbuch Friedrich Wilhelm I. von Preußen vom Jahre 1721 sollen die in diesem und dem kaiserlichen Recht nicht enthaltenen Fälle „ex aequo et bono" abgeurteilt, schwierigere Fälle jedoch zur Entscheidung des Königs diesem eingesandt werden[35]). Das Verbot der Analogie war auch hier noch unbekannt. Das erste Gesetz in Europa, in dem der Satz „Keine Strafe ohne Gesetz" erschien, war das österreichische Strafgesetzbuch Josefs II. von 1787 Tl. I § 1. In diesem Gesetz wird der Richter „an die buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes gebunden" (Teil I § 13)[36]). Die freie richterliche Rechtsschöpfung wird vollkommen ausgeschlossen[37]). Wie weit in jener Zeit die Bindung des Richters an das Gesetz getrieben wurde, ergibt sich wohl am krassesten aus einem Strafgesetzentwurf von Quistorp aus dem Jahre 1782. Hier wird dem, der es wagt, das Strafgesetz auszulegen, Gefängnisstrafe und bei Rückfall ewige Landesverweisung angedroht[38]).

---

[34]) Hennings, a. a. O. S. 10, v. Hippel, a. a. O.

[35]) Matzcke, a. a. O. S. 1613, Eick, a. a. O. S. 13, Schottländer, a. a. O. S. 43.

[36]) Oesterr. StGB. v. 1787, Teil I, § 1: „Nicht jede gesetzwidrige Handlung ist ein Kriminalverbrechen oder sog. Halsverbrechen, und sind als Kriminalverbrechen nur diejenigen gesetzwidrigen Handlungen anzusehen und zu behandeln, welche durch Gegenwärtiges Strafgesetz als solche erklärt werden".
§ 13: „Der Kriminalrichter ist an die buchstäbliche Beobachtung des Gesetzes gebunden".

[37]) Ackermann, a. a. O. S. 8.

[38]) Exner, a. a. O. S. 48, Matzke, a. a. O. S. 1613.

An dieser Stelle ist auch das Vorwort zum Entwurf des preußischen Allgemeinen Landrechts zu nennen (siehe Niethammer ZStrW Bd. 55 S. 749). Dieses bestimmt, es „soll bei schwerer Strafe verboten werden, daß niemand sich unterstehen möge, einen Kommentar über das Landrecht oder einen Teil desselben zu schreiben; gegen die Willkür der Richter, die sich in Fällen geltend machen könnte, die nicht unmittelbar nach den Worten des Gesetzes zu beurteilen seien, soll das neue Landrecht dadurch geschützt werden, daß dann jedesmal das Justizdepartement die zweifelhafte Frage auf eingeholten Rat der ständigen Landrechtskommission entscheide". Das Kundmachungspatent zum preußischen Allgemeinen Landrecht vom Jahre 1794 bestimmt dann in Art. XVIII: „Kein Collegium, Gericht oder Justizbedienter soll sich erlauben, von klaren und deutlichen Vorschriften des Gesetzes unter dem Vorwand einer aus dem Zweck und der Absicht des Gesetzes herzuleitenden Auslegung auch nur im geringsten abzuweichen; vielmehr soll, wenn in einem oder dem anderen Fall Zweifel über den Sinn und die richtige Auslegung einer Vorschrift entstehe oder ein Richter keine hinlängliche Bestimmung eines zu seiner Entscheidung gelangenden Falles im Landrecht anzutreffen vermeinen möchte, alsdann der vermeintliche Mangel des Gesetzes dem Chef der Justiz sofort angezeigt werden." Das preußische Allgemeine Landrecht selbst erklärt in § 9 II 20: „Handlungen und Unterlassungen, welche nicht in den Gesetzen verboten sind, können als eigentliche Verbrechen nicht angesehen werden" und stellt damit sachlich den Grundsatz nulla poena sine lege auf, heißt aber andererseits in der Einleitung (§§ 49, 50) die Anwendung der Analogie gut, sofern es die Entscheidung „nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen" vorschreibt, falls der Richter kein Gesetz finde, das auf den streitigen Fall Anwendung finden könne. Diese Bestimmung gilt ganz allgemein, nicht nur für das Gebiet des Strafrechts (s. hierzu unten S. 43).

Auch im deutschen Schrifttum taucht dieser Strafrechtsgrundsatz verhältnismäßig erst spät auf. Der erste, der klar und entschieden das Analogieverbot fordert[39]) und von dem auch — was bis in die

[39]) Es finden sich freilich (s. Wächter, Lehrb. a. a. O. S. 67 ff. Anm. 93) schon ältere Stimmen in dieser Richtung. So bemerkt Püttmann, J.L.E. Adversariorum juris Universi Liber II, Leipz. 1775 Kap. XXIX, S. 201: „neque in causis criminalibus regulariter interpretationi extensivae locus sit". So führt weiter (siehe auch Wächter, a. a. O. S. 70), Kleinschrod, a. a. O. Teil II (1799) S. 309 aus: „Wenn eine Tat in keinem Gesetz unter Strafe verboten ist, so ist sie kein Verbrechen, kann also vom Richter nicht gestraft werden. Sollte auch eine Handlung der im Gesetz genannten ähnlich sein, so kann doch der Richter die Strafe des genannten Falls nicht auf den ungenannten ausdehnen, weil eine bloße Ähnlichkeit den Richter nicht

(Fortsetzung nächste Seite)

neueste Zeit oft verkannt wurde — die Wortfassung „nulla poene sine lege" stammt[40]), ist Anselm v. Feuerbach[41]). Er[42]) hat das Verbot der strafbegründenden Analogie damit geschaffen. Unter lex verstehen eben Feuerbach wie seine Nachfolger nur das schriftlich festgelegte Gesetz[43]). Freilich sah auch Feuerbach, daß das von ihm vertretene Analogieverbot nur zum Vorteil des Verbrechers wirkt. Er verlangte daher[44]) keineswegs die Freisprechung des Angeklagten, sondern er forderte, daß der Richter in allen derartigen Fällen an eine Gesetzeskommission zu berichten habe, diese sollte dann das nähere veranlassen. Das Zeitalter Feuerbachs aber hat das Analogieverbot ganz allgemein angewendet, selbst wenn es dem Angeklagten nachteilig war[45]). Dies ergibt sich aus den Anschauungen der damaligen Zeit. Das Gesetz galt als etwas Unerschütterliches und Unangreifbares.

---

berechtigt, eine Tat zu bestrafen, gegen welche kein positives Strafgesetz existiert". Auch wenn der „Grund des Strafgesetzes bei ihr (der nicht zum Verbrechen erklärten Tat) ebenso eintritt als bei der darin (im Gesetz) gedachten Missetat, „sei der Richter nicht befugt", das Gesetz auf einen solchen unbenannten Fall auszudehnen". Siehe aber derselbe, a. a. O. S. 312 ff., wie er doch (recht unklar) für eine „ausdehnende" Auslegung eintritt, „wenn eine Tat zwar im Gesetz nicht genannt ist, aber doch den Begriff der dort ausgedrückten Fälle an sich trägt, und der Grund des Gesetzes bei ihr vollkommen anwendbar ist". Hier könne der Richter sagen: „die Worte des Gesetzes geben nur einige Beispiele eines Geschlechts von Verbrechen an". (In dieser Richtung versteht er auch den Art. 105 C.C.C.). Durch klare und bestimmte Formulierung des Analogieverbotes jedenfalls hat erst Feuerbach einen vollkommenen Umschwung herbeigeführt. S. auch Blohm, a. a. O. S. 81: „Einen vollkommenen Umschwung brachte erst das Wirken Feuerbachs".

[40]) So v. Hippel, Bd. I. a. a. O. S. 296, Anm. 4, Binding, a. a. O. S. 17, Anm. 2. Diese Fassung erscheint (so auch Binding, a. a. O.) erst im Lehrb. (1. Auflage 1801, § 24), nicht schon in der Revision (1799/1800). Die richtige Fassung ist übrigens, siehe Gleispach, a. a. O. S. 267, Anm. 4 u. S. 268 „Nullum c r i m e n sine lege". Derselbe: a. a. O.: N. cr. s. l.: nur der darf bestraft werden, der eine Tat begangen hat, die ein Gesetz ausdrücklich für strafbar erklärt, und n. p. s. l.: nur die Strafe darf verhängt werden, die ein Gesetz besitmmt.

[41]) Der Satz nulla poena sine lege stammt nicht aus dem römischen Recht, wie z. B. noch die Denkschrift des preußischen Justizministers, a. a. O. S. 127 annimmt.

[42]) Vergl. neuestens Blohm, a. a. O. S. 73 ff., besonders S. 81 ff.; Feuerbach s. Lehrb. 1. Aufl. (1801) § 24, 14. Aufl. (1847) § 20: Jede Zufügung einer Strafe setzt ein Strafgesetz voraus (nulla poena sine lege).

[43]) Binding, a. a. O. S. 18 ff.

[44]) Feuerbach, Kritik II, a. a. O. S. 27 ff.

[45]) Wächter, Lehrb. a. a. O. S. 70 unterscheidet allerdings die Zulässigkeit der Rechtsanalogie im allgemeinen, die er unbedingt bejaht und die besondere Frage der Bestrafung nach einer solchen („nach dem Geist der Gesetzgebung"), die er als zweifelhaft behandelt (S. 71).

In den um die Wende des 18. und 19. Jahrhunderts und den folgenden Jahrzehnten zahlreich auftauchenden Strafgesetzbüchern finden wir fast überall das Verbot der Analogie ausgesprochen. So gebot das von Feuerbach selbst verfaßte bayrische Strafgesetzbuch von 1813 den Gerichten und Rechtslehrern „sich ausschließlich an den Text des Gesetzbuches mit Benützung der Anmerkungen zu halten“[46]), und Art. 1 enthielt ein klares Verbot der analogen Strafbegründung: „Wer eine unerlaubte Handlung oder Unterlassung verschuldet, für welche ein Gesetz ein gewisses Übel angedroht hat, ist...“ usw. Bereits das preußische Allgemeine Landrecht ist ja von diesem Geist beseelt. Auch der Code pénal von 1810, der nach dem Frieden von Luneville in den an Frankreich abgetretenen deutschen Gebieten in Geltung war, später das Vorbild des preußischen Strafgesetzbuches von 1851 und damit auch des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich vom Jahre 1871 wurde, spricht in Art. 4 s. unten S. 42 Anm. 88) das Verbot der Analogie aus. Der Richter hat nur mehr die Aufgabe, zwischen einem Höchst- und einem Mindestbetrag der Strafe zu entscheiden. Vor der französischen Revolution waren alle diese Gedanken auch in Frankreich unbekannt[47]). Von den in den meisten deutschen Ländern um die Mitte des Jahrhunderts geschaffenen Strafgesetzbüchern ist es allein das braunschweigische Strafgesetzbuch von 1840, das die Analogie zur Strafbarkeitserklärung[48]) ausdrücklich gestattet[49]).

§ 4. Das Strafgesetzbuch von 1871 und seine Grundlagen.

Die Grundlage für das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 bildete, wie bereits gesagt, das mit dem Code pénal eng verwandte preußische Strafgesetzbuch von 1851. Das in diesem (§ 2) enthaltene und eine Übersetzung des Code pénal Art. 4 darstellende Analogieverbot ging somit[50]) in das Reichsstrafgesetzbuch als § 2 Absatz 1 über. Exner[51]) will allerdings in den Bestimmungen beider Gesetze ein aus-

[46]) Angeführt bei Matzke, a. a. O. S. 1613.

[47]) Vergl. Ackermann, a. a. O. S. 9.

[48]) Nach Binding, a. a. O. S. 219, Anm. 3 offenbar nur die Gesetzesanalogie.

[49]) Nach Köstlin, a. a. O. S. 63 auch das sächsische Strafgesetzbuch v. 1851 und das Strafgesetzbuch für die thüringischen Staaten. Die Frage ist bestritten; siehe dagegen richtigerweise Binding, a. a. O. S. 219, Anm. 3 und besonders Wächter, D. sächs. u. thür. Strafr. a. a. O. S. 91 ff. (besonders S. 93 u. S. 102).

[50]) Blohm, a. a. O. S. 85 bestreitet, daß § 2 StGB. rein auf französ. Einfluß zurückgehe, aber jedenfalls geht die Bestimmung a u c h auf ihn zurück, was auch Blohm selbst a. a. O. S. 86 nicht leugnet.

[51]) a. a. O. S. 55.

drückliches Verbot der Analogie nicht sehen, da ein Verbrechen nur nicht mit einer „gesetzlich" nicht bestimmten Strafe belegt werden dürfe, von einem „ausdrücklichen" Verbot aber nicht die Rede sei. So bestechend dieser Gedanke zumal in der Zeit des Kampfes um die Zulassung der analogen Bestrafung trotz § 2 STGB war, so konnte er sich in der vergangenen Zeit doch nicht durchsetzen. Sowohl Rechtssprechung wie herrschende Lehre hielten bis zur nationalsozialistischen Revolution eine strafbegründende entsprechende Anwendung des Gesetzes für unzulässig[52]). Gestattet war im Rahmen des § 2 Abs. 1 STGB nur die Auslegung — auch die ausdehnende. Dieser Auffassung wurde jahrzehntelang ohne Rücksicht auf das Ergebnis und ohne Rücksicht auf den Geist des Gesetzes gehuldigt. Ob der Wortlaut wirklich zu dieser Auffassung zwang, dürfte auch heute noch, nach Überwindung der alten Gedankengänge von Beachtung und einer Untersuchung wert sein.

1. Analogieverbot in § 2 Abs. 1.

Nach bisher herrschender Lehre war also in § 2 Abs. 1 StGB. ein Verbot der Bestrafung nach Analogie begründet, jedenfalls insoweit, als der Angeklagte dadurch schlechter gestellt wurde. Eine Handlung konnte nach dieser Vorschrift immer nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafe gesetzlich festgelegt war, bevor die Handlung begangen wurde. Ob der von der herrschenden Lehre angenommene Ausgangspunkt der richtige ist, steht dahin. Das Verbot jedenfalls, wie es der h. L. entsprach, wurde bis in die jüngste Zeit von der Rechtssprechung äußerst streng und folgerichtig — wenigstens dem äußeren Anschein nach — durchgeführt. Am deutlichsten ergibt sich diese aus einigen Entscheidungen des Reichsgerichts.

Allgemein bekannt und viel erörtert sind die beiden Entscheidungen über die Entwendung elektrischer Kraft[53]). Der Angeklagte hatte Drähte an die elektrische Straßenleitung angeschlossen und auf diese Weise elektrisches Licht zur Beleuchtung seines Zimmers gewonnen. Das RG. hatte nun zu entscheiden, ob hier § 242 StGB. angewendet, also Diebstahl angenommen werden könne. Zu jener Zeit, es war um die Jahrhundertwende, stand die Wissenschaft auf dem Standpunkt, daß die Elektrizität keine körperliche Sache, sondern eine Energie sei, und so konnte auch auf dem Wege der nach § 2 StGB. zulässigen ausdehnenden Auslegung Diebstahl nicht in Betracht kommen. Da die Analogie, die allein zu einer Bestrafung

[52]) Ebermayer, a. a. O. S. 124. Frank, a. a. O. S. 21. Hippel, a. a. O. S. 71. Binding, a. a. O. S. 218.
[53]) RGSt. 29, 111. 32, 165.

hätte führen können, nach Ansicht des RG. aber verboten war, konnte nicht bestraft werden — ein vom heutigen Standpunkt aus betrachtet geradezu unfaßbares Ergebnis, selbst wenn man die Entwicklung der Wissenschaft nicht berücksichtigt, die ja nunmehr den elektrischen Jonen die Körperlichkeit nicht mehr aberkennt. Mit Rücksicht auf die Rechtssicherheit und die persönliche Freiheit des Einzelnen wagte man es nicht, der fortschreitenden technischen Entwicklung in vollem Umfang Rechnung zu tragen. Zur Zeit der Abfassung des Reichsstrafgesetzbuches hatte man natürlich an die Entziehung elektrischer Kraft noch nicht gedacht. Daß die Rechtssicherheit der Allgemeinheit aber gerade darunter mehr leidet, wenn solche Diebstähle bis zum Erlaß eines neuen entsprechenden Gesetzes straflos bleiben, wurde hierbei anscheinend nicht beachtet[54]). Ein solches Gesetz, dessen Erlaß eben die letzte Möglichkeit blieb, konnte wiederum auf Grund des § 2 StGB. nicht mit rückwirkender Kraft ausgestattet werden, so daß ein Schutz jeweils nur für die Zukunft gegeben war[55]).

Verwandt mit obiger Entscheidung des RG. ist eine solche aus allerjüngster Zeit[56]). Sie hat größtes Aufsehen erregt und einen Sturm der Entrüstung in weiten Kreisen hervorgerufen. Auch hier konnte eine nach allgemeiner Volksauffassung strafbare Handlung nur wegen Mangels eines entsprechenden gesetzlichen Tatbestandes nicht bestraft werden. Die Angeklagten hatten sich öffentlicher Münzfernsprecher bedient, dazu aber nicht ein vorgeschriebenes Zehnpfennigstück, sondern ein zu diesem Zweck besonders breitgeklopftes Zweipfennigstück verwendet. Als gesetzliche Tatbestände kamen in Frage: Betrug nach § 263 StGB., Münzfälschung nach § 146 StGB., Sachbeschädigung nach § 304 StGB., vorsätzliche Gefährdung des Fernsprechbetriebs nach den §§ 317, 318 a StGB. und § 1 des Gesetzes vom 9. 4. 1900. Einen Betrug glaubte das Reichsgericht verneinen zu müssen, soweit es sich um eine Verbindung handelte, die im Wege des Selbstanschlusses zustande kam, da hier keine Person getäuscht und zu einer Vermögensverfügung veranlaßt wurde. Waren aber von den Angeklagten Fernsprecher o h n e Selbstanschluß verwendet worden, bei denen Angestellte der Post die Verbindung herstellten, oder

---

[54]) So wurde damals im Anschluß an obige Entscheidung des RG. am 9. 4. 1900 das Gesetz betreffend die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit erlassen. (RGBl. S. 228).

[55]) Weiterhin hat das RG. sich in RGSt. 42, 412 auf den Standpunkt gestellt, daß durch den Fernsprecher geführte Gespräche nicht als Depeschen i. S. des § 355 StGB. angesehen werden können. Auch hier mußte der Gesetzgeber durch das Gesetz v. 19. VI. 1902 eingreifen, das dem § 355 StGB. einen neuen Inhalt gab.

[56]) RGSt. 68, 65 ff. und JW 1934, S. 1241 ff.

war die Verbindung von einem Selbstanschlußfernsprecher aus zu einem Teilnehmer ohne Selbstanschluß durch Vermittlung der Bediensteten der Post hergestellt worden, dann war für das RG. der Tatbestand des Betrugs gegeben. Denn nun waren ja die Angestellten der Post durch den Einwurf der minderwertigen Münzen getäuscht worden und hatten auf Grund dieser Täuschung die gewünschte Verbindung hergestellt. Eine Münzfälschung wurde vom Reichsgericht nicht angenommen, weil die Angekl. den Zweipfennigstücken nicht den „Schein eines höheren Wertes" gegeben hatten, wie es § 146 StGB. erfordert. Abgelehnt hat das RG. richtigerweise auch die Anwendung der §§ 304, 317, 318 a StGB. Nun blieb als letzter Behelf noch das Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit. Daß auch hier das RG. infolge seines Festhaltens am Buchstaben nicht zu einer Anwendung des Gesetzes kam, ist kaum zu verstehen. Die Angeklagten haben, wie das RG. sagt, die elektrische Arbeit nicht mittels eines Leiters entzogen, der zur ordnungsmäßigen Entnahme nicht bestimmt war. Diese Bestimmung verlange, daß die elektrische Arbeit unmittelbar durch eine Vorrichtung entzogen werde, die vermöge ihrer physikalischen Eigenschaften geeignet ist, den Strom fortzupflanzen. Durch den Einwurf des Zweipfennigstücks in den Münzfernsprecher ist nun aber nur der Münzfühlhebel ausgelöst worden, um den Stromkreislauf herzustellen und das Wählen einer Nummer zu ermöglichen. Nicht aber hat das Zweipfennigstück unmittelbar der Fortpflanzung des elektrischen Stromes gedient. Trotz alledem haben sich aber die Angeklagten fremde elektrische Arbeit nutzbar gemacht. Wörtlich, das ist dem RG. zuzugeben, ist das Handeln der Angeklagten unter den § 1 des Gesetzes v. 9. 4. 1900 nicht zu bringen, wenn auch hier durch näheres Eingehen auf die Art und Weise der Konstruktion der Münzfernsprechapparate noch Einwendungen erhoben werden könnten. Man darf aber gerade das Gesetz von 1900 nicht wörtlich verstehen, sondern muß den Sinn dieser Vorschrift berücksichtigen. Das Gesetz wurde zur Ergänzung des StGB. geschaffen, gerade um die unbefugte Nutzung elektrischer Kraft zu verhüten. Auf welche Art und Weise ein Diebstahl elektrischen Stromes nun erfolgt, kann doch letzten Endes für die Bestrafung nicht ausschlaggebend sein. Die technischen Einzelheiten und Feinheiten, mit welchen diese Diebstähle ausgeführt werden, konnte der Gesetzgeber des Jahres 1900 bei der Abfassung des Gesetzeswortlautes keinesfalls zu Grunde legen, da er mit dem Fortschritt und den umwälzenden Neuerungen gerade auf dem Gebiete der Technik nicht rechnen konnte. Ein Gesetz gilt für alle Fälle, auf welche es nach richtiger Deutung paßt, mag der Gesetzgeber an diese gedacht haben oder nicht (vergl. RG.

12, 111). Sinn eines Strafgesetzes ist es jedenfalls nicht, daß es mit Hilfe der Technik umgangen wird[57]).

Eine ganze Anzahl vom Volke nicht verstandener Entscheidungen erging infolge Anwendung des Verbotes der strafbegründenden Analogie auf dem Gebiet der Untreue. Hier ist es vielen Verbrechern gelungen, durch die Maschen des Gesetzes zu schlüpfen[58]). Schuld daran trägt der nur auf bestimmte Einzelfälle abgestellte Tatbestand des § 266 StGB. alter Fassung. Nach h. L.[59]) wurde die Aufzählung der in Ziff. 1 dieser Bestimmung angeführten Personenklassen als erschöpfend angesehen und daher einer analogen Ausweitung kein Raum eingeräumt. So konnte das RG.[60]) den Vorstand einer Städtischen Sparkassenverwaltung, der die Erträgnisse eines der Sparkasse gehörigen Gutes für sich verwendete, nicht bestrafen, weil derselbe in § 266 Ziff. 1 StGB. nicht ausdrücklich aufgeführt war. Der nach § 1687 BGB. der Mutter beigegebene Beistand ist eben nicht „Vormund" oder „Kurator", seine Erfassung durch § 266 StGB. wurde somit abgelehnt, da dies die Anwendung strafbegründender Analogie bedeuten würde[61]). Zu den Masseverwaltern im Sinne des § 266 Ziff. 1 zählte das RG. auch nicht die Mitglieder eines Gläubigerausschusses, weil diese in keinem der Begriffe des § 266 StGB. aufgehen[62]). Als das Strafgesetzbuch erlassen wurde, gab es aber das Rechtsgebilde des Gläubigerausschusses noch gar nicht, so daß dieser auch nicht in das Gesetz aufgenommen werden konnte. Daß hier ein beschleunigtes Eingreifen des Gesetzgebers dringend notwendig war, liegt auf der Hand. Allen diesen bisher ergangenen Entscheidungen ist nunmehr ihre gesetzespositivistische Grundlage durch die Neufassung des § 266 StGB. auf Grund des Gesetzes vom 26. 5. 1933 (RGBl. I S. 295) entzogen.

Eine lehrreiche, ebenfalls hierher gehörige Entscheidung des RG. findet sich im 59. Band S. 159 der Entscheidungen in Strafsachen. In ständiger Rechtssprechung hat das RG. schon bisher vertreten, daß Hehlerei nur an einer Sache begangen werden könne, die mittels einer strafbaren Handlung erlangt sei, nicht aber an dem Erlös, der für die betreffende Sache erlangt würde[63]). In obiger Entschei-

---

[57]) Die Meinung, daß hier (und in den Fällen der Anm. 53) „die dem Gericht zur Aburteilung unterbreiteten Vorzüge ... mit der ausdehnenden Auslegung des Strafgesetzes nicht zu erfassen wären" (siehe neuestens bei Niethammer, a. a. O. S. 757).

[58]) Ackermann, a. a. O. S. 29. Matzke, a. a. O. S. 1614.

[59]) Olshausen, a. a. O. S. 1441. Frank, a. a. O. S. 605.

[60]) RGSt. 24, S. 109 ff.

[61]) RGSt. 35, S. 338/39.

[62]) RGSt. 39, S. 383.

[63]) Vergl. RGSt. 2, 443. 23, 53. 39, 236.

dung wird nun auch Hehlerei an einer neuen Sache abgelehnt, die aus einem durch strafbare Vortat erlangten Stoff hergestellt wurde. Die bürgerlich-rechtlichen Eigentumsverhältnisse können hier unbeachtet bleiben. Dadurch kann aber m. E. keine andere strafrechtliche Beurteilung eintreten, daß der Stoff, der durch eine strafbare Vortat erlangt ist, erst nach seiner Verarbeitung weitergegeben wird[64]). Die Ablehnung von Hehlerei geht hier nicht an.

Nicht ganz zu folgen ist ferner einer der neuesten Entscheidungen des RG., die den Begriff „Wohl des Volkes" in § 263 Abs. 4 StGB. einzuengen versucht und verlangt, daß das Ansehen von Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen, materiell oder ideel geschädigt sein müsse[65]). Wenn auch beachtet werden muß, daß diese Strafschärfungsvorschrift nicht bei jedem Bagatellefall zur Anwendung kommen darf, so ist der Einwand Schaffsteins doch nicht von der Hand zu weisen, daß nach der Begriffsbestimmung des RG. durch den Nordwollezusammenbruch im Jahre 1931 das Wohl des Volkes nicht geschädigt worden wäre[66]). Es wird hier der Vorrang des Volkes vor dem Staat verkannt.

Auch in einer weiteren neueren höchstrichterlichen Entscheidung begegnet uns der alte Gedankengang, der im Strafrecht die Magna Charta des Verbrechers sieht[67]). Der Angeklagte hatte hier bei Privatpersonen Bestellungen auf Silbergeräte aufgesucht und entgegen genommen, die er jedoch nach Auftragserteilung seinerseits selbst erst bestellen und einkaufen wollte. Da er sich in schlechten Vermögensverhältnissen befand, forderte und erhielt er von den Bestellern Vorauszahlungen des Preises. Diese Gelder verwandte er indeß in 3 Fällen (Sch., B., L.) nicht für den Einkauf des Bestellten, sondern verbrauchte sie für sich und die betreffenden Kunden warteten vergebens auf die bestellten und bereits bezahlten Silbersachen. In einem weiteren Fall (G.) bezog er zwar mit dem erhaltenen Geld Waren der bestellten Art, setzte sie aber, als sie in mangelhaftem Zustand eintrafen, an andere Personen billig wieder ab und unternahm keine Schritte zur Erlangung einwandfreier Waren für den Besteller (G.). Das LG. hatte den Angeklagten in allen 4 Fällen wegen Untreue nach § 266 StGB. n. F. unter Annahme einer Treupflicht, die aus dem Vertrauensverhältnis zu den Bestellern erwachsen sei, bestraft und damit den Sachverhalt richtig gewürdigt. Das RG. aber hat diese Auffassung abgelehnt und ein Treueverhältnis, aus dem sich

---

[64]) Vergl. auch Ackermann, a. a. O. S. 30.
[65]) Entschdg. v. 8. 6. 1934 s. JW 1934, S. 2147.
[66]) Siegert, DStrR. 1934, S. 379/80.
[67]) RGSt. 69, 146. JW 1935, S. 2053. Vergl. auch Jugend und Recht. 1935, S. 208 ff.

die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen ergebe, im gegebenen Fall nicht angenommen. Es steht auf dem Standpunkt, daß das, was die Besteller bei der Hingabe des Geldes gedacht und nach Treu und Glauben erwartet haben, nämlich, daß der A. die vorausbezahlten Gelder zum Ankauf der bestellten Waren verwende, nicht von entscheidender Bedeutung sei. Für die Verletzung einer Treupflicht soll es also nur darauf ankommen, welche Vorstellung und Einstellung der Rechtsbrecher selbst bei seiner Handlungsweise gehabt hat. Wenn es auch richtig ist (a. a. O. S. 147), daß die Pflicht zur Erfüllung von Vertragsbedingungen nicht gleichbedeutend ist mit der Pflicht im Sinne des § 266 StGB., die Vermögensinteressen anderer wahrzunehmen, so handelte es sich hier bei den Vorauszahlungen doch um ein ganz besonderes Vertrauen, um eine Verpflichtung zwischen dem Angeklagten und den Bestellern, die wesentlich über die aus sonstigen vertraglichen Beziehungen zwischen den Vertragsparteien sich ergebenden Treuverpflichtungen hinausging. Das Reichsgericht verlangt (a. a. O. S. 148) für § 266 StGB. Pflichten oder Pflichtenkreise von einer gewissen Zeitdauer oder solche, die über eine größere Anzahl von Geschäften sich erstrecken. Das kann aber doch nicht der Wille des Gesetzes in seiner neuen Fassung sein. Es geht nicht an, die größere Bewegungsfreiheit, die dadurch geschaffen wurde, durch eine solche Wortauslegung wieder zunichte zu machen. Jedenfalls wird es nicht verstanden werden, wenn hier das RG. Untreue verneint hat, diese aber anzunehmen geneigt wäre (a. a. O. S. 147/48), falls die Besteller den Angeklagten beauftragt hätten, auf ihre Kosten und auch auf ihren Namen die Waren zu besorgen. In beiden Fällen stehen doch die Vermögensinteressen der Geschädigten auf dem Spiel.

2. Zulassung der Analogie zugunsten des Angeklagten.

Wie bereits erwähnt, hat die bis zur nationalsozialistischen Revolution zu § 2 StGB. bestehende h. L. die sinngemäße Anwendung des Gesetzes insoweit zugelassen, als diese zugunsten des Angeklagten sich auswirkte. Diese Auffassung bot der Freiheit des Einzelnen keine Gefahr. Man strebte geradezu darnach, den Verbrecher möglichst schonend zu behandeln. Daß die Rechtssicherheit der Allgemeinheit, die man im Kampf gegen die Zulassung der Analogie immer in die erste Linie vorschob, auch durch eine falsch angewendete Analogie zugunsten des Angeklagten leiden könnte, daran dachte man nicht. Grundsätzlich wurde die Analogie also zugelassen,

wenn dadurch ein Strafanspruch aufgehoben, ausgeschlossen oder beschränkt wurde[68]).

So wird der § 46 StGB., der bei Rücktritt vom Versuch und tätiger Reue nur für den Täter Straflosigkeit vorsieht, auch auf den Teilnehmer ausgedehnt[69]). Freilich muß der Teilnehmer dann sich selber Straflosigkeit verschaffen. Dies ist zu billigen. Der Teillnehmer, der selbst tätig geworden ist, um den Erfolg zu verhindern und die kausale Bedeutung seiner eigenen bisherigen Mitwirkung beseitigt hat, kann nicht schlechter gestellt werden, als der Täter in demselben Fall. Des weiteren hat die Rechtssprechung den übergesetzlichen Notstand als einen Unrechtsausschließungsgrund anerkannt (RGSt. 62, 137).

M. E. dürfte es auch billig sein, die Bestimmung des § 310 StGB. n. F., die bei tätiger Reue dem Brandstifter vor Bestrafung wenigstens wegen Brandstiftung schützt, auch auf Teilnehmer entsprechend anzuwenden, die durch eigene Tätigkeit den Brand gelöscht haben, bevor derselbe entdeckt worden und ein weiterer Schaden entstanden ist.

Wenn Eick[70]) glaubt, den § 209 StGB. mit seiner Folge der Straflosigkeit auch auf den anwenden zu müssen, der im Auftrag des Herausgeforderten mit dem Beauftragten des Herausforderers die Bedingungen des Zweikampfes festlegt und sie dem Herausgeforderten übermittelt, so geht dies doch zu weit und über den Inhalt des Sekundantenbegriffs in § 209 StGB. hinaus. Der obige Auffassung ablehnenden Entscheidung des RG. ist beizupflichten, da als Sekundanten eben nur die Personen angesehen werden können, deren Aufgabe im Wesentlichen darin besteht, die Beobachtung der verabredeten oder hergebrachten Kampfesregeln auf dem Kampfplatz zu sichern.

Der § 73 StGB. wird entsprechend angewandt, wenn eine Handlung dasselbe Gesetz mehrfach verletzt. Dem Wortlaut nach gilt er ja nur für die verschiedenartige Tateinheit. Diese Ausdehnung der Anwendung des § 73 StGB. wird allgemein in Schrifttum wie Rechtssprechung vertreten[71]).

Eine analoge Ausdehnung der Strafausschließungsgründe des § 51 StGB. ist zu verneinen, zumal jetzt durch die Neufassung des § 51 Abs. 2 StGB. den einzelnen Erfordernissen genügend Rechnung

[68]) v. Calker, a. a. O. S. 20, Ebermayer, a. a. O. S. 125, Frank, a. a. O. S. 21, Heimberger, a. a. O. S. 19.

[69]) Eick, a. a. O. S. 38. Frank, a. a. O. S. 101. Ebermayer, a. a. O. S. 233.

[70]) Eick, a. a. O. S. 53, entgegen RGSt. 25, 81 ff. s. auch Ebermayer, a. a. O. S. 667.

[71]) RGSt. 2, 255. 8, 149. Ebermayer, a. a. O. S. 355. Frank, a. a. O. S. 227.

getragen ist. Nach dem geltenden Gesetz sind Personen, die in ihrer geistigen Entwicklung wegen Taubstummheit zurückgeblieben und deshalb oder auf Grund ihrer Jugend und der dadurch bedingten nicht abgeschlossenen Entwicklung unfähig sind, das Unerlaubte bezw. Ungesetzliche ihrer Handlungen einzusehen oder ihren Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen, nicht strafbar. So § 58 StGB. und § 3 JGG. Es lassen sich aber, wie Eick zutreffend ausführt, auch andere Fälle denken, in denen der Täter infolge irgendwelcher Entwicklungshemmungen nicht die Urteilskraft besitzt, das Unerlaubte seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Dies ist z. B. bei Angehörigen wilder Volksstämme und fern jeglicher menschlicher Gesellschaft heranwachsenden Menschen denkbar. In diesen Fällen dürfte es gerechtfertigt sein, eine Bestrafung nicht stattfinden zu lassen, die Analogie zur Anwendung zu bringen[72]).

3. Durchbrechungen des Analogieverbots: „ausdehnende Auslegung".

Nicht gerade selten aber sind trotz allem die Fälle, in denen das RG. selbst das Prinzip der starren Festhaltung am Verbot der Analogie durchbrach, um in seiner Rechtssprechung nicht zu Ergebnissen zu gelangen, die vom Volk niemals verstanden worden wären. Das RG. konnte es selbstverständlich aus grundsätzlichen Erwägungen heraus nicht wagen, frei und offen einzugestehen, daß in gewissen Fällen im Interesse einer vernünftigen Rechtssprechung die sinngemäße Anwendung eines Gesetzes auch contra reum durchgeführt werden müsse. Es hüllte seine hierher gehörigen Entscheidungen in den Deckmantel der „Auslegung", deren Begriff es zu diesem Zweck so weit ausdehnte, bis er sich im Ergebnis mit dem deckte, was wir richtiger „Gesetzesanalogie" nennen. Daß bei dieser Lage der Dinge es selbst dem RG. nicht möglich war, eine klare Linie einzuhalten, dürfte nicht wundern. Was in einem Fall als unzulässige Analogie zu Ungunsten des Angeklagten abgelehnt wurde, wurde im anderen Fall wieder, anders betrachtet, unter Zuhilfenahme der gestatteten Auslegung unter Strafe gestellt. Die hier besonders charakteristischen Beispiele sind ja allgemein bekannt[73]). Daß man ohne die strafbegründende Analogie nicht auskommen kann, zeigen vor allem die Entscheidungen des RG., in denen es sich mit dem § 184 StGB. auseinandersetzt. Das Gesetz will hier verhindern, daß unzüchtige Schriften usw. in die Öffentlichkeit gelangen und zählt hier einige

[72]) Vergl. Eick, a. a. O. S. 12 und Ackermann, a. a. O. S. 27.
[73]) Vergl. Ackermann, a. a. O. S. 33 ff.

Fälle auf, die unter Strafe gestellt werden. Wenn nun tatsächlich das RG. den § 184 StGB. über die aufgeführten Beispiele hinaus anwendet, so handelt es sich um keine Auslegung mehr, wie es vorschützt, sondern um reine Gesetzesanalogie. So läßt das RG. Grammophonplatten und Walzen (RGSt. 47, 223, 407) mit unzüchtigem Text und Kinomatographenvorführungen (RGSt. 39, 183) unter § 184 StGB. fallen. Ich glaube, daß es nicht mehr Auslegung ist, wenn man Kinomathographenvorführungen als Abbildungen und Grammophonplatten und Walzen als Schriften ansieht. Alle diese Fälle liegen doch so, daß ein gegebener gesetzlicher Tatbestand auf einen ähnlichen im Gesetz aber nicht geregelten Sachverhalt Anwendung findet[74]).

Deutlicher kommt dies noch in einer anderen Entscheidung zum Ausdruck (RGSt. 11, 283). Der Angeklagte hatte nachts an eine Hauswand eine unzüchtige Figur angezeichnet. Er wurde vom Reichsgericht mit Recht aus § 184 Ziff. 1 bestraft. Aber auch hier weist es den Gedanken weit von sich, zu diesem Ergebnis mit Hilfe der Analogie gekommen zu sein. Mit Deutlichkeit wird aber, um zu einer Bestrafung zu kommen, betont, daß man die Worte „anschlagen" und „ausstellen" nicht nach dem Wortsinn, sondern nach „dem Sinn der bezüglichen Gesetzesbestimmungen" auffassen müsse. Ein Zurückgehen auf den S i n n einer gesetzlichen Vorschrift in dieser Form ist aber Analogie, Gesetzesanalogie. Nur wagte man es damals nicht, dieses verpöhnte Wort zu gebrauchen, mußte aber doch darnach handeln[75]).

Zahlreich sind die ins Gebiet der Analogie einschlagenden Entscheidungen des RG. in der Rechtssprechung zu § 243 StGB. Nach Absatz 1 Ziff. 4 dieser Vorschrift ist der Transportgefährdungsdiebstahl mittels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel oder durch Anwendung falscher Schlüssel o. a. zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge als schwerer Diebstahl unter Strafe gestellt. Dem RG. stand hier der Fall zur Aburteilung, daß der Angeklagte einen Postwagen erbrochen hatte, indem er die Türe mittels eines Eisenstücks aus der Laufschiene hob (RGSt. 53, 277). Das RG. verurteilte aus § 243 Abs. 1 Ziff. 4 StGB. wegen schweren Diebstahls, indem es auf den Zweck der Strafvorschrift abstellte. In dem Erbrechen wurde ein „A b l ö s e n" i. S. d. Gesetzes erblickt. Wenn das Abschneiden eines Bindfadens mit der schweren Strafe des § 243 StGB. bestraft werde, so führt das RG. aus, könne es nicht die Absicht des Gesetzgebers sein, hier, wo der

---

[74]) So auch Ackermann, a. a. O. S. 36.
[75]) S. a. Schwinge, a. a. O. S. 360.

öffentliche Verkehr doch wesentlich stärker gefährdet werde, nur einen einfachen Diebstahl anzunehmen. In einer weiteren Entscheidung (RGSt. 5, 157 ff.) hatte der Angeklagte auf dem Transport befindliche Säcke zerschnitten, um das darin enthaltene Getreide zu stehlen. Das RG. sah in dem „gewaltsamen Öffnen" der Säcke das Tatbestandsmerkmal des „Ablösens oder Abschneidens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel" und verurteilte aus § 243 Ziff. 4 StGB. mit Recht. Mit dem Wortlaut des § 243 Ziff. 4 StGB. ist diese Entscheidung aber tatsächlich nicht vereinbar. Dies erkannte auch das RG. und stellte deshalb in der Begründung seiner Entscheidung auf die Entstehungsgeschichte, die Absicht des Gesetzgebers und die Erfordernisse des täglichen Lebens ab. Ablösen oder Abschneiden und Zerschneiden sind eben nicht dasselbe. Letzteres kann nicht unter den Wortlaut ersterer fallen. Gerade hier aber verlangt schon der Sinn der gesetzlichen Bestimmung Bestrafung. Etwas anderes wäre sinnlos. Bei den meisten dieser Fälle hätte aber das RG., wenn es starr an seiner Lehre vom Verbot der Analogie festgehalten hätte, nicht aus § 243 StGB. bestrafen können, es wäre an der Unvollkommenheit der gesetzlichen Tatbestände gescheitert und zu unhaltbaren Ergebnissen gelangt.

Während es so bei Ziff. 4 des § 243 StGB. eingeht auf den Sinn und Zweck der gesetzlichen Bestimmung, ist dies schon bei der Ziff. 2 der gleichen Bestimmung, die den Einbruchsdiebstahl regelt, nicht mehr der Fall. Hier wieder die strenge Bindung an den Wortlaut des Gesetzes. So wird nur wegen einfachen Diebstahls bestraft, wer das Behältnis, das er aus einem Gebäude oder umschlossenen Raum gestohlen hat, erst außerhalb desselben erbricht und entleert[76]). Der Inhalt ist dann ja nicht „mittels Erbrechens" aus dem Gebäude gestohlen worden (so RGSt. 7, 419. 11, 208. 30, 388). Ein Ergebnis, das geradezu widersinnig ist und wohl keinem vernünftigen Menschen so leicht klar gemacht werden kann.

Dagegen dürfte es m. E. noch unter den Begriff der Auslegung fallen, wenn das RG. als „Briefe" im Sinne des § 354 StGB. auch Postkarten und Postanweisungen versteht, eben alle Postsendungen, die eine Mitteilung enthalten[77]). Genau so ist es mit dem Begriff der Eltern in § 235 StGB., der auch auf Pflegeeltern ausgedehnt wird, denen nach § 1666 BGB. die Erziehung übertragen ist. Weiterhin ist es nicht Analogie, wenn das RG. bei § 292 StGB. a. F. jede

---

[76]) So auch folgerichtig die h. L.; Ebermayer, a. a. O. S. 177, Frank, a. a. O. S. 528.

[77]) Anders K. Schäfer in: Kommendes deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., S. 130.

irgendwie geartete Tätigkeit, die auf Erlangung jagdbarer Tiere gerichtet ist, als „Ausübung der Jagd" ansieht[78]).

Auch in neuester Zeit aber haben wir Entscheidungen, in denen sich das RG. über den Wortlaut des Gesetzes hinweggesetzt hat und zu einem Ergebnis gekommen ist, das nicht mehr mit Auslegung gerechtfertigt werden kann[79]). In einem Fall hat das RG. erklärt, wenn jemand mit der Fotokopie einer von ihm gefälschten Urkunde zu täuschen versuche, so sei der Fall genau so zu behandeln, wie wenn er dazu die Originalurkunde benutzt hätte und Urkundenfälschung anzunehmen. Begründet wurde diese Entscheidung mit dem Fortschritt der Technik, der bei Bewertung der gesetzlichen Tatbestände zu berücksichtigen sei. Im anderen Fall hatte der Angeklagte an verschiedene Personen gegen Entgelt ein zum Einnehmen bestimmtes Pulver versandt, das zum größten Teil Tollkirschenblätterpulver enthielt. Eine Reihe von Personen erkrankte. Es ist grundsätzlich richtig, wenn für diesen Fall festgestellt wurde, daß der Wortlaut der §§ 324, 326 StGB. eine unmittelbare Anwendung nicht finden könne. Denn Stoffe, die von Natur aus giftig sind, denen aber nur eine kleine Menge unschädlicher Bestandteile beigemischt wird, sind nicht v e r g i f t e t, es sind ihnen keine gesundheitszerstörenden Stoffe b e i g e m i s c h t. So hatte denn auch die Strafkammer Bestrafung abgelehnt, da das Beimischen von Giftstoffen erfordere, daß einem an sich vorherrschenden unschädlichen Stoff ein anderer gefährlicher Stoff beigefügt werde. Mit Recht hat das RG. dieses unbillige Ergebnis abgelehnt und den Angeklagten aus § 324 StGB. bestraft. Ganz eindeutig und klar wurde hier das Analogieverbot preisgegeben, ob nun gewollt oder nicht. Beide Entscheidungen haben in ihrer

---

[78]) Weitere Beispiele: „Ausdehnender Auslegung" bei Niethammer, ZStrW., Bd. 55, S. 756 ff. zu § 147 StGB.: „Inverkehrbringen" auch bei Wegwerfen des Falschgeldes, um sich seiner zu entledigen, an Orten, an denen es ein anderer aufnehmen kann (RGSt. 67, 167), zu § 243, Abs. 1, Ziff. 2 StGB. abweichend von RGSt. 33, 375 ff.: Einbeziehung auch von Schiffen, die nach ihrer Bauweise dazu bestimmt und geeignet sind, Menschen oder Sachen Schutz zu gewähren und den Zutritt Unbefugter zu hindern. Zu letzterem Fall vergl. auch Schwarz, Zeitschr. d. Ak. f. dtsch. R. a. a. O. S. 291, der hier entsprechend einem dort angeführten Urteil des RG. vom 23. 7. 1935 (4 D. 667/34) Analogie annimmt. Beispiele für „ausdehnende Auslegung" auch bei Schwarz, a. a. O. S. 288 und StGB. a. a. O. S. 20; zu § 288 StGB.: „veräußern" auch die Belastung einer Sache mit einer Hypothek oder einem Pfandrecht (RGSt. 38, 327), zu § 242 StGB.: „Zueignung" einer Sache, auch wenn der Täter nach Verschaffung des wirtschaftlichen Wertes einer Sache diese zurückgibt, zu § 259 StGB.: „Ansichbringen" auch der Erwerb des Pfandscheins über eine gestohlene Sache, falls der Schein die Verfügungsgewalt über die Sache gibt. (RGSt. 70, 37).

[79]) Entscheidung v. 17. 6. 1935, DJ. 1935, S. 1505 und RGSt. 67, 360, JW 1934, S. 616. Vergl. auch Ackermann, a. a. O. S. 36.

grundlegenden Bedeutung allgemein Verständnis gefunden und können als ein Markstein auf dem Weg zur offenen Preisgabe des Analogieverbotes und als ein Zeichen eines neuen Geistes in unserer Rechtssprechung bezeichnet werden.

§ 5. Die politischen und weltanschaulichen Grundlagen für die Einstellung zum Analogieverbot im Strafrecht.

Die Tatsache, ob das Verbot der sinngemäßen Gesetzesanwendung im Strafrecht gilt oder nicht, greift unmittelbar in den Rechts- und Freiheitskreis des Einzelnen ein. Die Frage der Gestattung der Analogie steht in engstem Zusammenhang mit den politischen Ideen, die jeweils eine Zeit beherrschen. Nur von dieser Grundlage aus ist es möglich, zu verstehen, warum im Laufe der Jahrhunderte die Einstellung zum Analogieverbot immer wieder wechselte.

1. Magna Charta.

Infolge des Mißbrauchs obrigkeitlicher Herrschaftsbefugnisse im Frühmittelalter versuchte man allüberall, sich frei zu machen von der Willkür der staatlichen Eingriffe und diese nur mehr auf Grund genau festgelegter Vereinbarungen zu dulden. Der erste Erfolg dieser Art ist in England zu verzeichnen, wo durch die Magna Charta König Johanns v. 1215 eine Reihe von Garantien für den Einzelnen niedergelegt wurden. Artikel 39 derselben wird nach überwiegender Ansicht als die erste gesetzliche Anerkennung des Grundsatzes nulla poena sine lege angesehen[80]). Dies dürfte m. E. nicht ganz richtig sein. Art. 39 bestimmt, daß keine Verhaftung oder Bestrafung eines freien Menschen vorgenommen werden dürfe „nisi per legale judicium parium suorum vel per legem terrae"[81]). Lex terrae bedeutet hier noch nicht das Gesetz des Landes, sondern soviel wie Gottes-Urteil[82]). Art. 39 der Magna Charta wollte kein Analogieverbot begründen, sondern sich nur gegen eine Bestrafung ohne ein ordentliches und geregeltes Strafverfahren wenden[83]). Wissenschaftlich entwickelt wurde die Lehre die der Entstehung des Satzes nulla poena sine lege zu Grunde lag, in der englischen Naturrechtsphilosophie. Schon John Locke hat sich für den Satz eingesetzt und seine Entstehung bereits

[80]) So Ackermann, a. a. O. S. 11, Hennings, a. a. O. S. 14, Schottländer, a. a. O. S. 28, neuestens Blohm, a. a. O. S. 74/75.
[81]) S. Matzke, a. a. O. S. 1612.
[82]) So Richard Schmidt, siehe Klee, DJZ. 1934, S. 640.
[83]) Vergl. Klee, a. a. O. S. 640, Matzke, a. a. O. S. 1612.

vor Rousseau aus einem Vertrag der einzelnen untereinander abgeleitet[84]).

2. Verfassungen der U. S. A.

Von England aus wurde diese Auffassung dann in die amerikanischen Kolonien hinübergetragen, wo der Satz „ohne Strafe kein Gesetz" bereits im Jahre 1692 im Recht von New-York auftaucht, — das erstemal überhaupt, daß er sich zweifelsfrei feststellen läßt. Im Laufe der Auseinandersetzung der Kolonien mit dem Mutterland brachte dann i. J. 1774 der Kongreß von Philadelphia die Erklärung der allgemeinen Menschenrechte, welche zunächst nur als ein Protest aufzufassen waren und rechtsverbindliche Kraft nicht besaßen. Nr. 5 derselben enthält das Recht der persönlichen Freiheit und Aburteilung nach dem Gesetz. Doch wurde der Satz bald darauf i. J. 1776 in der declaration of rights des Staates Virginien gesetzlich festgelegt und ging dann bald mehr, bald weniger genau ausgesprochen in die amerikanischen Verfassungen ein[85]).

3. Montesquieu und die französische Revolution.

Auf dem europäischen Festland wurde die von England ausgehende Lehre, die die richterliche Gewalt zu Gunsten des Einzelnen einzuschränken versuchte, zuerst in Frankreich aufgenommen. Von hier aus wurde dann ja das deutsche Verfassungsleben stärkstens beeinflußt, so daß dieselben Ideen sich auch bei uns Geltung verschaffen konnten. Unter den Verkündern der englischen Lehre steht in Frankreich an erster Stelle Montesquieu. Durch seine Gewaltenteilungslehre hat er die gesetzgebende, die vollziehende und die richterliche Gewalt in ihrer Ausübung streng voneinander geschieden, um durch diese Trennung den Einzelnen eine unangetastete Freiheitssphäre zu schaffen. Ein wirres Durcheinander von Ordonanzen, Edikten und Gesetzen bestand vor der großen Revolution in Frankreich. Der Richter konnte nach Bedarf das eine oder andere Gesetz anwenden, sogar Gesetze im einzelnen abändern[86]). Ausdehnung und sinngemäße Anwendung der Strafgesetze war nach der Lehre Montesquieu's nunmehr ausgeschlossen. Nur der Buchstabe des Gesetzes sollte maßgebend sein. Der Richter mußte sich streng davor hüten,

---

[84]) Klee, a. a. O.

[85]) Hennings, a. a. O. S. 61/62, Matzke, a. a. O. S. 1613, Schottländer, a. a. O. S. 53 ff. Vergl. z. B. die Verfassungen der Staaten: Virginia (Art. 8), Massachusetts (Art. 12), Pennsylvania (Art. 9).

[86]) Hennings, a. a. O. S. 55.

auf das Gebiet der gesetzgebenden Gewalt überzugreifen, er hatte nur das gesetzte Recht auf den Einzelfall anzuwenden. Der Richter ist hier nicht viel mehr, als das Werkzeug der beiden anderen Gewalten, der Mund und Sklave des Gesetzes. Jede eigene rechtsgestaltende und rechtsschöpferische Tätigkeit ist ihm untersagt. Von einer „richterlichen Gewalt" kann nicht mehr gesprochen werden. Der Gedanke der Gewaltenteilung ist somit in seiner Entstehung bereits praktisch aufgegeben[87]).

Daß bei Zugrundelegung dieser Lehre allerdings vollständige und in höchstem Grade vollkommene Gesetze nötig sind, das hat Montesquieu selbst eingesehen. Nie aber hätte der Grundsatz der strengen Bindung des Richters an das Gesetz die Durchschlagskraft erhalten, die ihm später zu eigen wurde, wäre er nicht von der französischen Revolution, von dem Freiheitsgedanken der Aufklärung getragen worden. Die Aufklärung hat wie keine andere Geistesrichtung auf die Entwicklung unseres Strafrechts, insbesondere auf die Ausgestaltung des Richteramtes eingewirkt. Bis in die neueste Zeit beruht fast das ganze materielle und formelle Strafrecht auf ihrem Geist.

Auf Antrag Lafayette's, der die Anregung dazu der Verfassung Virginiens, also nordamerikanischem Vorbild verdankte, wurde von der französischen Nationalversammlung am 26. August 1789 in die Erklärung der Menschenrechte die Forderung: Keine Strafe ohne Strafgesetz, aufgenommen. Montesquieu's Lehre von der Teilung der Gewalten bildete nun die Grundlage der neuen Staatsauffassung, Eingriffe des Staates ins Leben, Freiheit und Eigentum des Einzelnen bedurften einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung. Der Gedanke fand dann auch in der französischen Verfassung vom 3. 9. 1791 seinen Niederschlag und späterhin, bereits als selbstverständlich, in Art. 4 im Code pénal von 1810[88]) Eingang, nachdem er noch im ersten Strafgesetzbuch der französischen Revolution von 1791 nicht enthalten war[89]).

4. Aufklärungszeit in Deutschland.

Auch in Deutschland fand der Satz „keine Strafe ohne Gesetz" gerade in der Aufklärungszeit unter dem Einfluß der Freiheitslehre des Naturrechts von Frankreich her Eingang[90]). Dies ist nur aus der

[87]) Exner, a. a. O. S. 47.

[88]) Art. 4: nul délit ne peut être puni de peines, qui n'etaient pas prononcées par la loi avant qu'il fut commis".

[89]) Schottländer, a. a. O. S. 58/59.

[90]) Wohl nicht richtig Blohm, a. a. O. S. 78, die Entwicklung des Satzes n. p. s. l. in Deutschland sei „völlig unabhängig" von der englisch-amerikanisch-französischen Entwicklung erfolgt. S. auch S. 84 ff.

völligen Gesetzeslosigkeit des 17. und 18. Jahrhunderts heraus zu verstehen. Der Richter bildete hier unbekümmert um das gesetzte Recht neue Verbrechenstatbestände, neue Strafen und Strafarten, die kein Gesetz vorsah. Die Strafrechtspflege war zerrüttet. Daß hier die von der französischen Revolution getragenen freiheitlichen Ideen nur zu bald und zu tief Boden faßten, ist leicht zu verstehen. Die Freiheit und der Schutz des Einzelnen, an dem sich nun ja alles andere auszurichten hatte, war bei diesen Zuständen ein zu verlockendes Ziel. Auch das Strafrecht mußte diesen Schutzzweck erfüllen. Das Gesetz, sein Buchstabe, wurde über alles gestellt, in der Angst vor der Willkür des Richters, der sich jetzt streng an diesen zu halten hat. Es ist nicht unrichtig, mutet heutzutage allerdings geradezu merkwürdig an, wenn gesagt wird, daß man damals mehr darauf bedacht war, den Einzelnen vor dem Staat, als den Staat vor der Willkür des Einzelnen zu schützen[91]). Zu Beginn dieser Zeit als unmittelbarste Folge der Lehre Montesquieu's hatten wir dann die Anerkennung des Satzes nulla poene sine lege in demGesetzbuch Josefs II. aus dem Jahre 1887 und in dem Allgemeinen Landrecht von 1794 für Preußen. Es kann keineswegs angenommen werden, daß die Bestimmung des § 9 II 20 ALR. durch den § 87[92]) der Einleitung, m. E. auch nicht durch die §§ 49 und 50 der Einleitung, in ihrer Bedeutung wieder zerstört wird. Wenn auch § 49 bestimmt, „Findet der Richter kein Gesetz, welches zur Entscheidung des streitigen Falles dienen könnte, so muß er zwar nach den in dem Landrechte angenommenen allgemeinen Grundsätzen, und nach den wegen ähnlichen Fällen vorhandenen Verordnungen seiner besten Einsicht gemäß erkennen", so glaube ich doch, daß diese Bestimmung für das Gebiet des Strafrechts hinter dem klaren Verbot des § 9 II 20 ALR. zurückzutreten hat. Gewohnheitsrecht und Analogie waren ausgeschlossen[93]). Dafür bürgt schon die Auffassung des Naturrechts, das diese Gesetze beherrschte. Der Staat wurde hier ja nur angesehen als eine Nützlichkeitseinrichtung, die allein den Zweck hatte, den Einzelnen in seiner Freiheit und in seinem Wohlergehen zu schützen. Wie alle Tätigkeit des Staates, so mußte diesem Zweck auch die Strafe, das Strafrecht untergeordnet sein. Der Gedanke an Gestattung der Analogie war hier ein Unding. Der Staat selbst wurde ja aus dem Individuum heraus erklärt, sein Entstehen auf einen Vertrag zurückgeführt.

---

[91]) Gerland-Weber, DJZ. 1935, S. 859.

[92]) „Handlungen, welche weder durch natürliche noch durch positive Gesetze verboten werden, werden erlaubt genannt".

[93]) Hennings, a. a. O. S. 81.

5. Feuerbachs Lehre.

Der Mann, der die Gedanken der Aufklärung in Deutschland auf dem Gebiete des Strafrechts zu Beginn des 19. Jahrhunderts mit der ganzen Wucht seiner Persönlichkeit vertreten hat, war Anselm v. Feuerbach. Nach der Lehre Feuerbachs und der von ihm begründeten Strafrechtsschule ist nur die Handlung strafbar, die unter einen bestimmten Straftatbestand fällt. „Jede Tat, die gestraft werden soll, muß durch Gesetze der Strafe unterworfen worden sein". „Nur der Gesetzgeber kann eine rechtswidrige Handlung zu einer in concreto strafbaren machen. Hat er eine Tat, wenn sie auch eine Läsion sein sollte, nicht mit Strafe bedroht, so kann sie auch kein Richter bestrafen" (Revision II S. 14). Die Anwendung der Analogie bezeichnet Feuerbach als eine Anmaßung des Rechts des „Oberherrn"[94]). Die Abhängigkeit vom Gesetz soll auch bei ihm einen Rückfall in die vergangene Zeit der Richterwillkür verhüten. Es ist für Feuerbach, einen Sohn der Aufklärung, bezeichnend, daß für ihn die Tatbestände nicht scharf genug gefaßt werden konnten. Bei seiner ganzen Lehre ging er außer von dem schon erwähnten Gedanken der Zurückdrängung richterlicher Willkür durch das Streben nach formaler Rechtssicherheit und den dadurch gegebenen Schutz der individuellen Freiheitssphäre aus von seiner Strafrechtstheorie, der Theorie des psychologischen Zwanges[95]). Wenn jeder wisse, daß auf seine Tat ein Übel folgen werde, das größer ist, „als die Unlust, die aus dem nicht befriedigten Antrieb zur Tat entspringt"[96]), so, sagt Feuerbach, werde der Wille des Bürgers zur Unterlassung von Rechtsverletzungen bestimmt. Sollte aber diese Abschreckung wirksam sein, so mußte notwendigerweise jedermann gesetzliche Klarheit über die Folgen seiner Handlungen besitzen[97]). Eng im Zusammenhang mit dieser Lehre steht daher die Anschauung von der Gesetzesvollkommenheit, die Lehre, die Gesetze seien klar und vollständig. Aus all dem geht hervor, daß, wie Feuerbach sagt, „alle Arten analogischer Anwendung des Gesetzes" ausgeschlossen sein sollten[98]). Soweit, wie die Männer der Aufklärungszeit, die jede Auslegung des

---

[94]) Siehe Revision II, S. 22. Die Ausführungen Feuerbachs gegen die Analogie: Revision II, S. 16—33.

[95]) v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, a. a. O. S. 296, Anm. 4: „Der Inhalt des Satzes nullum crimen sine lege folgt für Feuerbach aus der Theorie des psychologischen Zwanges, die durch bestimmte gesetzliche Androhung abschrecken will". Binding, a. a. O. S. 20 ff., Blohm, a. a. O. S. 82 ff.: „Voraussetzung für die motivierende Wirkung eines durch eine Strafandrohung unterstrichenen Verbotes ist stets die Angabe dessen, was verboten ist".

[96]) Feuerbach, Lehrb. 1. Aufl., S. 16. (§ 17 a. E.) 14. A. S. 38 (§ 13).

[97]) Hafter, a. a. O. S. 7.

[98]) Feuerbach, Kritik II/24.

Gesetzes verbieten wollten, geht er allerdings nicht. Bereits er erkannte, daß, wer sich an den Buchstaben des Gesetzes halte, dieses seinem Wesen nach aufhebe, um es dem Scheine nach zu sichern (Kritik II/22). Für die Wissenschaft war damit zwar die Auslegung gewährleistet. Aber ihr, wie dem Richter war trotzdem versagt, aus dem Sinn des Gesetzes heraus neues Recht zu setzen[99]). Das Mißtrauen gegen den Richter war eben noch nicht überwunden. Lieber ließ man einen Übeltäter laufen, als daß man den sorgsam gehüteten Gedanken der Rechtssicherheit preisgab. Hatte das Gesetz eine Lücke, so war dies eben ein Verschulden des Gesetzgebers, für das man den Untertan nicht büßen lassen konnte[100]). Das hatte sich ja kurz zuvor als zu gefährlich erwiesen.

6. Liberalismus des 19./20. Jahrhunderts.

Aufgenommen und weiter ausgebaut wurden die Ideen der Aufklärungszeit von dem Liberalismus des 19./20. Jahrhunderts. Im Rahmen des Übergangs zum Verfassungsstaat fanden die Gedanken der Aufklärung nach französischem Vorbild auch in den deutschen Verfassungen, so vor allem in der Preußens von 1850 und später in der sog. „Weimarer Reichsverfassung" von 1919 ihren verfassungsrechtlichen Niederschlag. Die Freiheit des Einzelnen vor staatlicher Allmacht wurde hier verankert[101]). Es entstand der Staat, den wir als formellen Rechtsstaat bezeichnen, in dem der Vorrang des formellen Gesetzes auch der Macht des Richters Einhalt gebot. Das Gesetz, nicht der Richter, lautete die Entscheidung. Der Grundsatz „nulla poena sine lege" wird in dieser Zeit zu einem politischen Glaubenssatz[102]). Nicht mehr die rechtliche, sondern die politische Betrachtungsweise trat dabei in den Vordergrund. Man identifizierte das Recht mit dem Gesetz um der größeren Berechenbarkeit und Sicherheit willen.

Die Aufgabe des Strafrechts sah der Liberalismus darin, die Freiheitsgrenzen von einander abzugrenzen und zu garantieren. Scharf gefaßte Tatbestandsmerkmale, gesetzlich festgelegte Rechtfertigungs-

[99]) Ackermann, a. a. O. S. 14.

[100]) Hennings, a. a. O. S. 113.

[101]) S. RG. in Strafsachen Bd. 66, 259 betr. die Bestimmungen der Weimarer Verfassung: „Der Grundsatz der Gewaltenteilung und der Vorbehalt des Gesetzes sollten die Volksgenossen davor schützen, daß die Staatsgewalt ihnen sachliches Unrecht unter der äußeren Geltung als Recht zufüge. Nur ein in der Form des Gesetzes oder gar des verfassungsändernden Gesetzes gebildeter staatlicher Wille sollte die Macht haben, in das Leben, die Freiheit oder das Vermögen der Bürger einzugreifen".

[102]) Henkel, a. a. O. S. 20.

und Entschuldigungsgründe sollten dieses Ideal verwirklichen. Die sinngemäße Anwendung des Gesetzes war ausgeschlossen, wer eine Handlung beging, die nicht unter die eng gefaßten Tatbestände fiel, mußte straflos ausgehen. Dies konnte nicht verhindert werden, so umfangreich die Gesetzbücher auch waren. Ja, nach der Auffassung des Rechtsstaates durfte der Richter nicht einmal zugunsten des Angeklagten vom Gesetz abweichen, so streng sollte seine Bindung sein. Von richterlicher Freiheit wollte der Liberalismus nicht das geringste wissen[103]). Voraussetzung und Ausmaß jedes Eingriffs sollte genauestens bestimmt sein. Nur so konnte Liszt von dem Strafgesetz als der „Magna Charta" des Verbrechers sprechen[104]).

7. Die Strafrechtsschulen.

Verschiedene Wege gingen auch die Ansichten der das Strafrecht dieser Zeit beherrschenden wissenschaftlichen Lehrrichtungen.

Die älteste, die historische Schule lehnte den Gesetzespositivismus des Liberalismus, die strenge Bindung des Richters an das Gesetz ab. Quelle des Rechts ist nach ihr nicht das Gesetz, sondern das Volksbewußtsein, aus dem das Recht kraft innerer Notwendigkeit hervorgeht[105]). Savigny, der hervorragendste Vertreter dieser Schule sieht in dem Gesetz eine Fessel des Richters, die ihn hindert, richtiges und volkstümliches Recht zu sprechen. Bei einem durchschlagenden Erfolg der historischen Schule hätte die Preisgabe des Satzes „nulla poene sine lege" erfolgen müssen, denn der Gesetzgeber schafft hier ja nicht mehr das Recht, sondern findet es nur. Die Gedanken der Schule konnten sich aber bei den Auffassungen der damaligen Zeit nicht verwirklichen, Anhänger der Schule selbst hielten an dem Satz „Keine Strafe ohne Gesetz" fest[106]).

Die Strafrechtsentwicklung der vergangenen Jahrzehnte stand im Zeichen des Kampfes der klassischen und der modernen Strafrechtsschule. Streng vertreten wurde der Grundsatz des Verbots sinngemäßer Gesetzesanwendung von den Anhängern der esteren und älteren. Unter ihrem Einfluß entstand das heute noch geltende Strafgesetzbuch für das deutsche Reich von 1871 mit seinem § 2 a. F. Nur Milderungs- und Entschuldigungsgründe, die ja die Rechts-

---

[103]) Ackermann, a. a. O. S. 15.

[104]) Liszt: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge 2. Bd., Berlin 1905, S. 80.

[105]) So z. B. für das Strafrecht Geib a. a. O. S. 238: „Die Quelle des Rechts ist nicht das Gesetz, sondern das Volksbewußtsein, aus dem dasselbe ... kraft innerer Notwendigkeit hervorgeht. Die Gesetze sind zunächst nur ... Erkenntnismittel des Rechts".

[106]) Henkel, a. a. O. S. 21.

sicherheit des Einzelnen nicht gefährden können, soll der Richter unabhängig von dem Wortlaut des Gesetzes zur Anwendung bringen dürfen. Allein in der Festsetzung der Höhe der Strafe wird ihm ein Spielraum gelassen — wenigstens ein Abkommen von der noch kurz zuvor herrschenden Auffassung. Henkel[107]) sieht in der klassischen Schule zutreffend eine „Mischung von liberalem und autoritärem Gedankengut". Neben dem Interesse des Einzelnen wurde doch auch bereits die Sicherheit der Gesamtheit, des Staates mehr berücksichtigt und der Zweck der Strafe in der Vergeltung gesehen. Der Vergeltungsgedanke verbindet sich dann in der Strafrechtsauffassung der modernen Schule mit dem Gedanken der politischen Freiheit. Um die Jahrhundertwende tauchten die neuen Gedanken auf, bedingt durch die gesamte Entwicklung Deutschlands und die mit dem Anwachsen der Industrie einsetzende soziale Strömung. Die Gesellschaft trat mehr als vorher in den Vordergrund der Erörterungen, sie sollte den Maßstab jeglichen Verhaltens bilden. Doch der anfängliche sozialistische Schwung der modernen Schule war bald verflogen und damit die Forderung nach Aufhebung des § 2 StGB. gefallen[108]). Man opferte diesen Gedanken den liberalistisch-individualistischen Ideen, die preiszugeben man noch nicht wagte, man opferte ihn einer Verständigung mit der klassischen Schule, obwohl die spezialpräventive Strafauffassung der Schule, genau genommen, diesen Grundsatz ablehnen mußte. So war die moderne Schule denn gar zu bald auf Kompromissen begründet und mußte damit in ihrer Schlagkraft erlahmen.

§ 6. Vom liberalen zum „autoritären" Staat.

1. Kritik am Analogieverbot.

Die Anschauungen, auf denen das Verbot der strafbegründenden Analogie beruhte, sind heute, mit dem Durchbruch der nationalsozialistischen Staats- und Rechtsauffassung hinfällig geworden. Die Grundlage, mit der das Verbot nach Deutschland kam, Montesquieu's Lehre von der Teilung der Gewalten ist überwunden. Gesetzgebung und Regierung sind heute, beginnend mit dem sog. ersten Gleichschaltungsgesetz, dem Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. 3. 1933, in der Hand der Reichsregierung vereinigt. Ja, wir haben sogar schon auf einem wichtigen Gebiet berufsständischer Rechtssprechung, bei dem Reichserbhofgericht, eine Vereinigung zwischen Rechtssprechung und Verwaltung, entsprechend

[107]) Henkel a. a. O. S. 25.
[108]) Henkel, a. a. O. S. 30 ff.

der deutschrechtlichen Auffassung, daß der Standesführer zugleich Richter sein soll. Präsident des obersten Gerichtshofs in Erbhofangelegenheiten ist kraft Gesetzes der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft, der gleichzeitig, gegenwärtig wenigstens, Reichsbauernführer ist. Nicht mehr die Erhaltung und Sicherung der Freiheitssphäre des Individuums steht im Vordergrund. Die Sorge um Freiheit, d. h. die Möglichkeit, aus dem Gesetz zu sehen, ob eine Handlung strafbar ist oder nicht, die Sorge um Rechtssicherheit, Rechtsgleichheit, ja um die Autorität der Gerichte und Gesetze war es immer wieder, die im Kampf für die Erhaltung des Analogieverbotes ins Feld geführt wurde. Wir werden uns später, bei der Behandlung und Rechtfertigung der neuen gesetzlichen Bestimmungen mit diesen Fragen eingehend zu befassen haben. Soviel kann aber vorweg genommen werden: Es widerspricht jedem gesunden Rechts- und Volksempfinden, alles das als erlaubt anzusehen, was nicht durch eine gesetzliche Bestimmung verboten ist. Ähnliche Fälle, wie der der Entwendung elektrischer Kraft sind hier das Schwarzhören und — bis zur Verordnung vom 20. Oktober 1932 — die Entwendung von Kraftwagen, um nur einmal damit zu fahren, von der klaren Strafbarkeit der gleichzeitigen unter § 242 StGB. fallenden Betriebsstoffentwendung abgesehen. Das Gesetz ist nun einmal nicht gleich dem objektiven Recht, das Gesetz ist nur eine Erscheinungsform des objektiven Rechts, nichts weiter. Nicht das Gesetz, sondern das Recht muß die Grundlage für die Urteilsfindung des Richters sein, und wenn der Richter nach diesem Recht entscheidet, dann kann es nie eine Rechtsungleichheit und Rechtsunsicherheit geben, dann gerade wird das Volk die Gesetze, die ihm in ihrer Anwendung doch so oft unfaßbar und unverständlich erschienen, eher und besser verstehen und ihnen näher stehen als bisher. Wie das Recht lebt, so muß es und will es auch für das Leben verstanden werden. Das Gesetz darf heute nicht mehr angesehen werden als Selbstzweck, es ist nur ein Mittel zum Zweck, es ist nur einer der Wege, wenn auch der deutlichste und beste, zur Findung des Rechts, ein Ausdrucksmittel des Rechts (RGSt. 70, 98). Nach altdeutscher Anschauung ist das Recht als solches unabhängig von der formulierenden Gesetzgebung vorhanden[109]). Der Wortlaut eines einzelnen gesetzlichen Tatbestandes ist, wie Müller[110]) zutreffend sagt, „nur die Form seiner ratio". Anstelle der positivistischen Auslegung des Gesetzes muß eine wertende, teleologische Auslegung treten. Dabei dürfte aber der von Schwinge im Anschluß an Nagler und Heck als äußerste Grenze der Ausle-

[109]) Nicolai, JW 1934, S. 207.
[110]) Müller a. a. O. S. 771.

gung zugelassene „mögliche Wortlaut" nicht gerechtfertigt erscheinen[110]).

Der Kampf gegen den Satz „nulla peona sine lege" führt zu der Frage, ob Recht gleich Moral sei. Das eine jedenfalls steht fest, daß Recht nie gegen Moral verstoßen darf. Der Glaube des Volkes an Moral und Gerechtigkeit darf nicht erschüttert werden, am wenigsten durch Gesetz und Rechtsprechung. Mit der buchstäblichen Auslegung der Gesetze aber kann hier nicht gedient werden. Diese ist seit altersher bekanntlich ein besonders wirksames Mittel gewesen, um Befehle zu sabotieren. Die Rechtsanwendung soll formgebunden, aber nicht formalistisch sein[111]). Die Abkehr von den geistigen Grundlagen, auf denen der strafrechtliche Grundsatz des Verbotes strafbegründender Analogie beruhte, bedeutet keineswegs eine Preisgabe des großen Leitgedankens einer gerechten Strafausübung[112]). Der bisherige Rechtssicherheitsbegriff hatte seinen Ausgangspunkt in der Rechtssicherheits- und der Gleichheitsidee der Aufklärung. Und doch ist es gerade der Gleichheitsgedanke, der, wie Exner nachgewiesen hat, die Zulassung der Analogie erfordert[113]), denn es widerspräche ihm, einen Strafwürdigen wegen zufällig unzulänglichen Ausdrucks im Gesetz straflos zu lassen. Auch die vollkommenste Gesetzgebung vermag es nicht, die Rechtsordnung schon allein von sich aus fertig zu stellen. Das Gesetz muß Vieles und Wichtiges der Arbeit des Richters überlassen. Das Recht, das Ausdruck des gesamten völkischen Lebensstrebens sein muß, bezieht sich, wie die Sittenordnung, auf alles Handeln. Das Recht, das gestern galt, kann heute bereits, das Recht, das heute gilt, morgen bereits überwunden sein, weil das Volk sich immer höher emporringt und deshalb die Anforderungen an das Handeln des Einzelnen stets wachsen und größer werden[114]).

§ 2 StGB. kam nur denen zugute, die die Maschen des formellen Gesetzes kannten, trotzdem aber bewußt den diesem innewohnenden Rechtsgedanken zuwiderhandelten, weil sie sich durch das formale Recht gedeckt sahen. Daß eine strenge Durchführung des Analogieverbotes überhaupt nicht möglich war, hat sich ja darin gezeigt, daß diese schamhaft in die Maske zugelassener ausdehnender Auslegung gehüllt wurde.

Es soll mit dieser Ablehnung der bisherigen Auffassung hinsichtlich des § 2 StGB. keineswegs gesagt sein, daß Regelungen gebilligt

---

[111]) Schaffstein. DR. 1934, S. 352.
[112]) Henkel, a. a. O. S. 53.
[113]) Exner a. a. O. S. 59 ff.
[114]) Freisler, DJ. 1935, S. 1162.

werden könnten, wie die der Münchener Räteregierung, die ihr gesamtes materielles Strafrecht darin zusammenfaßte, daß jeder Verstoß gegen die revolutionären Grundsätze bestraft und die Art der Strafe in das freie Ermessen des Richters gestellt werde[115]).

2. War die Analogie bereits nach § 2 StGB. a. F. zulässig?

Bis zum Erlaß der Gesetze vom 28. Juni 1935, die allen Zweifeln ein Ende setzten, war die Frage viel umstritten und besonders in den letzten Jahren Gegenstand lebhafter Erörterungen, ob § 2 StGB. a. F. die Bestrafung nach Analogie nicht doch zulasse[116]). Vor dem nationalen Umbruch sprach sich hier bejahend fast nur Exner aus. Binding bekämpfte zwar die Bestimmung, mußte sich aber vor ihrem Wortlaut beugen[117]). Erst nach dem Durchbruch der nationalsozialistischen Revolution brach sich die Auffassung allgemein Bahn, daß der Richter nicht an den Wortlaut, sondern an die Idee des Gesetzes unter Berücksichtigung der Rechtsanschauung der Volksgemeinschaft gebunden sei. Allgemein wurde erkannt, daß das Analogieverbot des § 2 StGB. mit der es tragenden Weltanschauung gefallen ist. Sinngemäße Gesetzesanwendung wurde auch dann für statthaft erklärt, wenn diese sich zu Ungunsten des Täters auswirken sollte. Dies war die im Schrifttum vorherrschende Lehre vor Erlaß der neuen Gesetze[118]), der allerdings das RG. nicht gleich gefolgt ist. Abgelehnt wurde nur die Möglichkeit einer Gestattung der Rechtsanalogie im Rahmen des § 2 StGB. a. F.

Man sprach dem Gesetz die Bindung an seinem toten Buchstaben ab und verlangte eine solche an seinen lebendig fortentwickelten Geist. Daran war jedoch festzuhalten, daß § 2 StGB. trotz allem nach wie vor in Geltung[119]) war. Man erkannte, daß der Wortlaut der Bestimmung keineswegs dazu zwinge, die bisherige Auffassung aufrecht zu erhalten oder aber die Geltung des § 2 StGB. a. F. überhaupt abzulehnen. Schon Exner hatte ja erklärt, daß „gesetzlich bestimmt" eben nicht gleich „ausdrücklich bestimmt" sei[120]).

[115]) Heimberger, a. a. O. S. 13 (Vergl. ZStrW. Bd. 40, S. 511/12).
[116]) Siehe z. B. Klee, DJZ. 1934, S. 639 ff.
[117]) Handb., S. 28.
[118]) Ackermann, a. a. O. S. 43, Müller, a. a. O. S. 771 ff., Dahm, DStrR. 1934, S. 250 ff. und die dort Angeführten, Matzke, a. a. O. S. 1615, Schaffstein, DR. 1934, S. 349 und Siegert, JW 1935, S. 892; a. A. nur noch einige älteren Kriminalisten wie Sauer, a. a. O. S. 1465 und Klee, a. a. O. S. 1641.
[119]) A. A. Bung, JW 1934, S. 1108, siehe dagegen Dahm, DStrR. a. a. O. S. 251 ff.
[120]) a. a. O. S. 51.

Auch Art. 102 der Weimarer Reichsverfassung sprach davon, daß der Richter an das „Gesetz" gebunden sei. Es hat bisher aber noch niemand daraus den Schluß gezogen, daß auch dem Zivilrichter die Analogie verboten sein soll. Die entsprechende Anwendung eines Gesetzes ist immerhin auch noch „Gesetzes"anwendung. Warum sollte dann dem Strafrichter diese Schranke auferlegt werden? Die verbindliche Kraft seines Ausspruchs führt auch im Fall einer entsprechenden Anwendung unmittelbar auf das formelle Gesetz zurück. Die Zulassung der Gesetzesanalogie widersprach also, das ist festzuhalten, nicht der Weitergeltung des § 2 StGB. a. F.

3. Die Reformarbeiten bis zur Novelle v. 1935.

Daß die Reformbestrebungen, die seit der Jahrhundertwende andauerten und ihren Niederschlag in einer Reihe von Strafgesetzentwürfen fanden, bis zur nationalen Revolution alle an dem Verbot der strafbegründenden Analogie festhielten, ist leicht verständlich. Der Vorentwurf zu einem deutsch. Strafgesetzbuch von 1909 hält an der bisherigen Regelung fest, schlägt lediglich eine vereinfachte Fassung vor. Der Entwurf der Strafrechtskommission von 1913 nimmt das Analogieverbot auf[121]). Ebenso halten später die Entwürfe von 1919, 1925 und 1927 an diesem Grundsatz fest[122]). Der Inhalt des § 2 StGB. a. F. wird im Wesentlichen wiederholt.

Der nationalsozialistische Staat mußte so bald wie möglich daran gehen, hier eine Änderung zu schaffen. Das Verhältnis zwischen Richter und Gesetz war nunmehr unter ganz anderen Gesichtspunkten zu betrachten und nach ganz anderen Maßstäben zu prüfen. So ging die Denkschrift des preußischen Justizministers vom Jahre 1933 aus von dem „materiellen Verbrechensbegriff". Sie ließ zwar (Natsoz. Strafrecht S. 127) den § 2 Abs. 1 StGB. inhaltlich bestehen, schlug aber einen Zusatz vor, der die Bestrafung im Rahmen des Rechtsgedankens eines Strafgesetzes bei Zugrundelegung der gesunden Volksanschauung und der sittlichen Verwerflichkeit der Tat forderte[123]). Die

[121]) Entwurf 1913 § 1: „Niemand darf wegen einer Tat bestraft werden, für die nicht Strafe gesetzlich bestimmt ist".

[122]) Entwurf 1919 § 5, Abs. 1: „Die Strafbarkeit bestimmt sich nach dem Gesetz, das zur Zeit der Tat gilt".
Entwurf 1927 § 1: „Eine Tat kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde".

[123]) „Ist aber eine nicht ausdrücklich für strafbar erklärte Handlung nach gesunder Volksanschauung sittlich verwerflich, und wird ihre Bestrafung von dem einem bestimmten Strafgesetz zu Grunde ligenden Rechtsgedanken gefordert, so hat der Richter für die Tat eine Strafe innerhalb des Rahmens des entsprechend angewendeten Strafgesetzes festzusetzen".

Denkschrift ist, auch wenn sie nur eine Anregung für die Neugestaltung des neuen Strafrechts geben wollte, doch Ausfluß des neuen Denkens und der neuen Strafrechtsauffassung. Ihr ist die rasche Durchführung der Reform nicht zuletzt zu verdanken. In der Formulierung des von ihr vorgeschlagenen § 2 StGB. hielt sie eine gesunde Mitte ein zwischen gesetzespositivistischer Bindung und unbeschränkter Freiheit des Richters[124]). Auch der § 2 StGB., wie ihn die für die Neugestaltung des Strafrechts bestimmte amtliche Strafrechtskommission in ihrem Bericht in erster Lesung (Gürtner: Komm. Dtsch. Strafrecht Allg. Teil 1. Aufl. 1934) vorschlug, war ähnlich formuliert wie der Vorschlag der Denkschrift[125]). Nur verlangt die Strafrechtskommission mit Recht nicht, daß die zu bestrafende Tat auch „sittlich" verwerflich ist, mit der Begründung a. a. O. S. 133 ff., daß es Taten geben könne, die nach gesunder Volksanschauung rechtlich zu mißbilligen seien, ohne aber gleichzeitig auch sittlich verwerflich zu sein, daß außerdem zu beachten sei, daß die Gegenüberstellung von „gesunder Volksanschauung" und „sittlicher Verwerflichkeit" die grundsätzliche Übereinstimmung von Recht und Sitte nicht zum nötigen Ausdruck bringe. Die amtliche Strafrechtskommission hat in der 2. Lesung des allgemeinen Teils des kommenden deutschen Strafgesetzbuches (Gürtner: Kommendes deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1935 S. 11 ff.) an den Ergebnissen der ersten Lesung festgehalten. Nur wurde in der Wortfassung eine Änderung gesucht, um zu zeigen, daß das Gesetz und der Rechtsgedanke, der in einem Strafgesetze seinen Ausdruck gefunden hat, wenn die gesunde Volksanschauung Bestrafung erfordert, gleichwertige und gleichrangige Rechtserkenntnisquellen sind, während nach der Fassung der ersten Lesung der Anschein entstehen konnte, als stehe die Rechtsgewinnung aus der 2. Rechtserkenntnisquelle zu der aus der ersten im Verhältnis der Ausnahme zur Regel. Die Fassung, daß die Tat als „ausdrücklich" für strafbar erklärt war (siehe Anm. 125) wurde fallen gelassen, um nicht den Anschein einer Bindung an den Wortlaut des Gesetzes zu erwecken, ebenso das Erfordernis der „ähnlichen Tat", da nicht die Ähnlichkeit des äußeren Tatbestandes gemeint sein sollte. Neu war in zweiter Lesung dann noch die Regelung der Frage für den Fall, daß die

---

[124]) Ackermann, a. a. O. S. 45.

[125]) „Eine Tat kann nur dann mit Strafe belegt werden, wenn sie im Gesetz ausdrücklich für strafbar erklärt war, bevor sie begangen war. Ist die Tat nicht ausdrücklich für strafbar erklärt, aber eine ähnliche Tat in einem Gesetz mit Strafe bedroht, so ist dieses Gesetz anzuwenden, wenn der ihm zu grunde liegende Rechtsgedanke und die gesunde Volksanschauung Bestrafung erfordern".

Tat nach dem Rechtsgedanken verschiedener Strafbestimmungen strafbar erscheint[126]). Hier wurde das seinem Grundgedanken nach „am besten" zutreffende Gesetz für maßgebend erklärt[127]). Eine scharfe Scheidung von Gesetzes- und Rechtsanalogie wurde für unmöglich erklärt[128]). So wurden durch die Arbeiten der amtlichen Kommission alle die zur Erörterung stehenden Fragen reichlich und eingehend geprüft und einer Vorwegnahme der gesetzlichen Neuregelung dieser so grundsätzlichen Bestimmung des Strafrechts die Bahn bereitet.

---

[126]) Kommendes deutsches Strafrecht, a. a. O. S. 212 ff.

[127]) Fassung des § 2 StGB. nach der 2. Lesung der amtlichen Strafrechtskommission (Kommendes deutsches Strafrecht, a. a. O. S. 213 ff.): „Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesunder Volksanschauung Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbare Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft".

[128]) Siehe a. a. O. S. 213: Die Frage, in welchem Umfang der Richter den Grundgedanken eines Strafgesetzes verallgemeinern dürfe, lasse sich nicht allgemein beantworten, der „Verbotstatbestand" müsse aber zunächst „aus dem Grundgedanken eines b e s t i m m t e n Strafgesetzes" genommen werden.

III. Teil:

§ 7. Die Bestrafung nach Analogie nach neuem Reichsrecht.

1. Die Strafrechtsnovelle v. 28. 6. 1935.

Die Regelung der Frage der sinngemäßen Gesetzanwendung noch vor Verabschiedung und Inkraftsetzung des neuen Strafrechts, dessen Aufstellung bei der Wichtigkeit und Schwierigkeit des Stoffes keine Überhastung erträgt, erschien dringend nötig, ein Aufschub nicht mehr zu rechtfertigen. Noch einmal wurde daher der Weg der Novellengesetzgebung beschritten. Es erging die Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935 (RGBl. I S. 839 ff.). Die dort getroffenen Regelungen sind als Vorwegnahme solcher Gedanken der künftigen Gesamtreform anzusehen, die schon heute als geklärt und gesichert gelten können. Im Anschluß an die seit der Machtübernahme durch den Nationalsozialismus bereits ergangenen 3 Novellen vom 26. 5., 24. 11. 1933 und vom 24. 4. 1934 verfolgt gerade die neue Strafrechtsnovelle in ganz besonderem Maße den Zweck, das Strafrecht auf den Geist des neuen Staates umzustellen und so der im Gang befindlichen Gesamtreform den Weg zu bereiten und diese zu entlasten[129]). Die Novelle vom 28. 6. 1935 stellt mit ihren Neuerungen einen gewaltigen Bruch mit allüberkommenen Anschauungen dar, sie ist, wie der Reichsrechtsführer mit Recht betont hat, der entscheidende Schritt zum Durchbruch der nationalsozialistischen Rechtsreform auf dem Gebiet des Strafrechts[130]).

Das erste der beiden Gesetze der Novelle, das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches gibt gleich seinem ersten Artikel die Überschrift: „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze" und damit den §§ 2 und 2a StGB. eine vollkommen neue Fassung. Die große Zahl der sonst durch das Gesetz getroffenen vorweg dringlichen Änderungen ist im Rahmen dieser Arbeit nicht von Bedeutung. Den entscheidenden Bruch mit der früheren

[129]) Amtliche Begründung zur Novelle. Amtliche Sonderveröffentlichung der Deutschen Justiz Nr. 10, S. 27.
[130]) DJZ. 1935, S. 872.

Zeit zeigt die bereits erwähnte Überschrift des Artikels 1 des Gesetzes. Der neue § 2 StGB. wurde in der Wortfassung übernommen, wie ihn die amtliche Strafrechtskommission in Vorschlag gebracht hatte, mit der einzigen Ausnahme, daß statt „Volksanschauung" „Volksempfinden" in den Text eingefügt wurde. § 2 lautet nunmehr in seiner heute geltenden Fassung:

„Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft".

Der neue § 2a StGB. regelt dann die mit der Anwendung eines Strafgesetzes ja in unmittelbarstem Zusammenhang stehende Frage seiner zeitlichen Geltung, was hier näher nicht zu erörtern ist.

2. Zulässigkeit der „Analogie?". Grundsätzliches.

In dem neuen § 2 StGB. sehen wir einen der tragenden Grundgedanken des künftigen Strafrechts verwirklicht, den Gedanken, daß an die Stelle der „formellen" Unrechtsauffassung des bisher geltenden Rechts die „materielle" Unrechtsauffassung zu treten hat. Grundlage der Bestrafung ist künftighin nicht mehr ausschließlich nur das „gesetzte" Recht. Neben dieses ist eine neue Rechtserkenntnisquelle getreten, die, wie das Gesetz, aufbaut auf dem Boden der völkischen Sittenordnung als Quelle des Rechts[131]) und feststellbar ist aus dem tragenden Rechtsgedanken eines Strafgesetzes und aus dem gesunden Volksempfinden als einer „selbständigen Äußerungsform der lebendigen völkischen Rechts- und Sittenordnung"[132]). Daß nach wie vor natürlich das im Gesetz „beschriebene" Recht in erster Linie als der „vornehmste und deutlichste Führerbefehl"[133]) Anwendung zu finden hat, darf nicht verkannt werden, in ihm zeigt sich am klarsten, welche Gebots- und Verbotsnormen als Rechtssatz gelten sollen. Beide Rechtserkenntnisquellen sind im Gesetz in einem Satz behandelt, also gleichwertig neben einander gestellt.

An die Stelle des bisherigen Satzes „nulla poena, nullum crimen sine lege", keine Strafe ohne Gesetz, ist nun der Satz „nullum crimen

---

131) Kommendes deutsch. Strafr. 2. Aufl., a. a. O. S. 211 ff.
132) Mezger, DJZ. 1936, S. 601.
133) E. Schäfer, a. a. O. S. 992.

sine poena", „kein strafwürdiges Verhalten ohne Strafe" getreten. In der Fassung des neuen § 2 StGB. kommt eine Unterscheidung zwischen Gesetzes- und Rechtsanalogie deutlich nicht zum Ausdruck. Bevor wir aber der Frage näher treten, ob § 2 StGB. n. F. auch die Rechtsanalogie zulasse oder nicht, ist es nötig, zu untersuchen, welches der in § 2 aufgestellten Erfordernisse als das primäre anzusehen ist. Für die entsprechende Anwendung eines Gesetzes sind allgemein nur zwei Voraussetzungen verlangt[134]), die Tat muß dem Grundgedanken eines Strafgesetzes zuwiderlaufen und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdienen.

Hier sind, wie E. Schäfer[135]) herausgestellt hat, grundsätzlich zwei Arten der Betrachtung möglich. Ausgangspunkt kann sein ein bestimmtes Strafgesetz. Falls dieses Gesetz nicht unmittelbar Anwendung findet, prüft man den ihm zugrunde liegenden Rechtsgedanken, erfaßt dieser die fragliche Tat, dann wird endlich noch geprüft, ob das gesunde Volksempfinden die entsprechende Anwendung des Gesetzes verlangt[136]). Die andere Betrachtungsweise ist die, daß Ausgangspunkt ist die Verwerflichkeit der Tat durch das gesunde Volksempfinden und erst in zweiter Linie der tragende Rechtsgedanke eines Strafgesetzes herangezogen wird. Dieser Betrachtungsweise liegt der Gedanke zugrunde, daß Grundlage und Quelle alles Rechts und damit auch des Strafrechts „das Sittengebot der völkischen Gemeinschaftsordnung", „die völkische Rechts- und Friedensordnung" ist[137]). Der anzuwendende Grundgedanke des heranzuziehenden Strafgesetzes würde dann der zuvor durch das Volksempfinden gegebenen Wertung einer Tat als Verstoß gegen die völkische Sittenordnung nur mehr hinsichtlich des Strafrahmens und der zu schöpfenden Strafe eine gewisse Richtung geben[138]). M. E. ist diese

---

[134]) K. Schäfer, JW 1935, S. 2324.

[135]) In Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 185 ff.

[136]) So m. E. auch Schwarz, Strafgesetzbuch a. a. O. S. 16, Kommendes deutsches Strafr. 2. Aufl., a. a. O. S. 212, wo K. Schäfer den als weitere Rechtserkenntnisquelle heranzuziehenden Rechtsgedanken eines bestimmten Strafgesetzes der gesunden Volksanschauung bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 2 StGB. n. F. voranstellt. Amtliche Begr. a. a. O. S. 28.

[137]) Kommendes deutsches Strafr. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., a. a. O. S. 212, bezw. amtliche Begründung, a. a. O. S. 28.

[138]) Diese zweite Auffassung wird vertreten von Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 186: Das „Werturteil des gesunden Volksempfindens über die Schwere des Verstoßes gegen die Sittenordnung" und die „Ausrichtung dieser Wertung nach dem tragenden Grundgedanken eines oder mehrerer bestimmter Strafgesetze" habe die „Funktion", „den Verstoß gegen die völkische Sittenordnung zum Rechtsverstoß, zur strafwürdigen Handlung zu stempeln". Schinnerer, a. a. O. S. 759: „Die Beurteilung durch den Richter wird ... nicht von der Frage ausgehen, ob Wesensähnlichkeit mit einer

(Fortsetzung nächste Seite)

zweite Betrachtungsweise als richtige und als die der Novelle zu Grunde liegende Auffassung anzusehen. Dafür spricht schon die Entstehungsgeschichte des Wortlauts des § 2 StGB. n. F. Während anfangs die Beratungen der Kommission von der ersten Betrachtungsweise beeinflußt waren, hat sich im Laufe der Beratungen immer mehr die zweite Geltung verschafft und durchgesetzt[139]). Auch gehen die §§ 170 a und 267 a StPO. in ihrer neuen Fassung in erster Linie davon aus, ob die Tat nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient und prüfen erst dann die weitere Voraussetzung, ob der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft. Die amtliche Begründung zu Art. 1 der Verfahrensnovelle v. 28. 6. 1935 nennt so auch die Rechtsschöpfung durch entsprechende Gesetzesanwendung „eine neue, zweite, dem Strafgesetz im engeren Sinne völlig gleichwertige Rechtserkenntnisquelle" (S. 51), und die Begründung der Strafgesetznovelle spricht bei § 2 StGB. n. F. (S. 28) von einer „weiteren Rechtsquelle" (gemeint: Rechtserkenntnisquelle)[140]). Mit Recht be-

---

Gesetzesbestimmung vorliegt, sondern davon, ob eine Tat nach der gesunden Volksanschauung kriminelle Strafe fordert". Falle die Entscheidung in bejahendem Sinne aus, dann sei zu prüfen, ob ein Grundgedanke eines Strafgesetzes „als Stütze und Ausrichtung der Volksanschauung" herangezogen werden könne. Niethammer, a. a. O. S. 760 bezeichnet ebenfalls die Heranziehung des Grundgedankens eines Gesetzes als die „zweite" Voraussetzung (a. a. O. S. 761) und will zum Ausgangspunkt das eigene Rechtsgefühl des Richters machen, der dann sich Klarheit verschaffen müsse, ob sein Rechtsgefühl mit dem gesunden Volksempfinden übereinstimme, wenn er sagt, daß der Richter dann „wenn ihm das Gesetz keinen unmittelbaren Anhalt zur Verhängung einer Strafe bietet, während sich doch die Strafwürdigkeit der Tat nach gesundem Volksempfinden aufdrängt", prüfen müsse, „ob auf die Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft". Freisler, vergl. Anm. 139. Freiesleben u. a. Nachtrag zum Olshausen'schen Kommentar, a. a. O. S. 22 ff. scheint m. E. auch obige Ansicht zu vertreten.

[139]) Vergl. hierzu Freisler, Jahrb. N. F. II, 1935, a. a. O. S. 523 ff.: Zunächst sei man ausgegangen von der Frage der Zulässigkeit der Analogie, der analogen Anwendung einzelner bestimmter strafgesetzlicher Vorschriften, dann haben sich die Beratungen auf die Zulassung der Rechtsanalogie erstreckt. Dann aber sei eine zweite Betrachtungsweise gekommen, die nicht vom Gesetz ausging, sondern anerkennt, daß Ausgangspunkt die völkische Sittenordnung als Quelle des Rechts sei; die Frage, ob sie unmittelbar als Quelle des Rechts dienen könne, sei in der Novelle bejaht, obgleich die Begründungen vielleicht zwiespältig seien.

[140]) Im Schrifttum werden hier des öfteren „Rechtsquelle" und „Rechtserkenntnisquelle" durcheinander geworfen, was die Klarheit der betreffenden Ausführungen beeinträchtigt. So bei Schäfer-Dohnanyi, a. a. O., Freisler, a. a. O., Mezger, a. a. O. Rechtsquelle sowohl für das geschriebene Gesetz als auch für das am Grundgedanken eines Gesetzes ausgerichtete gesunde Volksempfinden als Rechtserkenntnisquellen ist die völkische Rechts- und Sittenordnung.

tont E. Schäfer (a. a. O. S. 186), daß nur die zweite Auffassung dazu berechtige, von einer zweiten, neben dem geschriebenen Gesetz gleichwertigen Rechtserkenntnisquelle zu sprechen.

Die in diesem Zusammenhang weiterhin zu prüfende Frage ist, ob man die in § 2 StGB. n. F. getroffene Regelung, die „rechtsschöpferische entsprechende Gesetzesanwendung" überhaupt noch als „Analogie" bezeichnen kann. Gegen die Bezeichnung als „Analogie" kämpfen vor allem die Vertreter der soeben herausgestellten zweiten Betrachtungsweise bei der Reihenfolge der Voraussetzungen des § 2 StGB. n. F. an, da dieser Ausdruck auf Grund seiner geschichtlichen Entwicklung „für eine zweite und neugeschaffene, gleichwertige Rechtserkenntnisquelle" nicht mehr angebracht sei[141]). Die Analogie ist aber doch nichts anderes, als eben eine „rechtsschöpferische entsprechende Gesetzesanwendung", letzteres nur eine Übersetzung des Wortes „Analogie", und es ist nicht einzusehen, den seit Jahrhunderten üblichen Ausdruck „Analogie" für die in § 2 StGB. n. F. vorgesehene — bis jetzt ausgeschlossene, neue — Art der Rechtsschöpfung für die Zukunft nicht mehr zu gebrauchen. Der neugeschaffenen Rechtserkenntnisquelle wird damit kein Abbruch getan. Wenn auch das gesunde Volksempfinden als gleichwertige Rechtserkenntnisquelle anerkannt ist, so ist nach der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung doch immer noch erforderlich, daß auf eine von dem Volksempfinden für strafwürdig erachtete Tat der „Grundgedanke eines Strafgesetzes" Anwendung findet, will der Richter zu einer Bestrafung kommen. Es liegt hier also „eine entsprechende Anwendung" eines Gesetzes, d. h. Analogie vor. Auch die amtliche Begründung der Novelle geht von diesem Analogiegedanken aus, wenn sie von einer „Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze" spricht (S. 27). Ob nun allerdings diese in § 2 StGB. n. F. zu-

---

[141]) So Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 186, 184 („Analogie im weiteren Sinn"), 188. Schinnerer, a. a. O. S. 779: „Der logische Denkvorgang ist anders als bei dem Analogieschluß", die Novelle bringe daher über die Zulassung der Analogie hinaus die „gebundene Rechtsschöpfung", die am Gesetz orientiert werde, aber nicht „Analogie" sei, denn neben das Strafgesetz trete als gleichwertige Rechtserkenntnisquelle die gesunde Volksanschauung. Es ist aber doch jede Analogie naturgemäß „gebundene Rechtsschöpfung", siehe schon oben S. 18, Anm. 14. Dagegen spricht Niethammer, a. a. O. durchweg von „entsprechender Anwendung" (z. B. S. 755, 756, 757, 758 usw.), ebenso Freiesleben, u. a. a. a. O. S. 22 ff. Zustimmend gegenüber Schäfer-Dohnanyi, Mezger, DJZ. 1936, S. 601 ff.: (siehe auch dessen Besprechung zu Schäfer-Dohnanyi, DJZ. 1936, S. 303) „In Wahrheit bedeutet § 2 StGB. etwas ganz anderes, als die Zulassung der Analogie in diesem oder jenem Sinn" (Gesetzes- oder Rechtsanalogie). Der § 2 StGB. eröffne neben dem Gesetz eine neue Rechtsquelle (gemeint ist: Rechtserkenntnisquelle vergl. Anm. 140).

gelassene Analogie — wenn man die bisherige Unterscheidung zu Grunde legen will — auch die Rechtsanalogie oder nur die Gesetzesanalogie umfaßt, wird später zu erörtern sein.

3. Das „gesunde Volksempfinden".

Bei Anwendung der Analogie ist somit — wie herausgestellt wurde — als erstes Erfordernis zu prüfen, ob die Tat „nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient". Was nun unter diesem „gesunden Volksempfinden" zu verstehen ist, ist eine sehr schwierige und für den Richter eine „wertende Feststellung" (amtliche Begründung S. 29), Gegenstand eines „echten" Werturteils[142]). Er muß hier prüfen, ob das in Frage stehende Verhalten mit den Bedürfnissen und Erfordernissen der völkischen Gemeinschaftsordnung unvereinbar ist, ob es die Mißbilligung der Volksgesamtheit verdient. Hierbei muß insbesondere die Selbstbeschränkung berücksichtigt werden, die der nationalsozialistische Staat von den Einzelnen im Interesse der Volksgemeinschaft erwartet. Nicht das ist festzustellen, daß das Volk oder ein bestimmter in Frage kommender Teil des Volkes die Strafwürdigkeit tatsächlich bejaht, sondern daß die „anständigen Leute" sie bejahen würden[143]). Das „gesunde Volksempfinden" braucht sich nicht unbedingt mit der tatsächlichen zur Zeit herrschenden Anschauung der großen Mehrheit der Volksgenossen zu decken (amtliche Begründung S. 29), die von Leidenschaft erzeugt oder von Eigennutz getragen sein kann[144]). Nie könnten daher ungesunde und laxe Auffassungen, wie sie sich z. B. zur Zeit der Geldentwertung herausgebildet hatten, als maßgebend anerkannt werden, selbst wenn sie in einem Teil des Volkes oder sogar bei der Mehrheit desselben Fuß gefaßt hätten. (Amtliche Begründung S. 29). Doch ist gerade hier zu be-

---

[142]) So auch Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 187: „Es handelt sich hier nicht um ein deskriptives, sondern um ein normatives, wertausfüllungsbedürftiges Erfordernis" — das Wesentliche ist aber, daß es sich z. T. um eine Wertausfüllung durch ein echtes Werturteil, um eine Eigenwertung des Richters handelt. (Siehe dazu Hegler, Festschr. f. Frank, Bd. I S. 272, S. 275 Anm. 3; vergl. Anm. 143 der Arbeit).

[143]) So Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 187: „Die Anschauung der anständigen Leute", Niethammer, a. a. O. S. 761: „das aus der Seele dringende Werturteil, das der Gefolgschaft der erfahrenen, tüchtigen, auf das Wohl der Gesamtheit bedachten, verantwortungsbewußten und weitblickenden Angehörigen des Volkes gewiß ist". Es liegt hier eine eigenartige Vermischung von „echtem" Werturteil des Richters („anständige Leute, erfahrene, tüchtige..." usw.) und „unechtem" Werturteil desselben (Wertfeststellung, s. Hegler, a. a. O. S. 272, Anm.) vor hinsichtlich der Frage, wie dieselben urteilen würden, wenn sie zu urteilen hätten (hypothetische Wertfeststellung).

[144]) Niethammer, a. a. O. S. 760.

achten, daß überspannte Anforderungen die Rechtssicherheit nur beeinträchtigen[145]). In vielen Fällen mag es ein tatsächlich wertendes Volksempfinden überhaupt nicht geben. Hier muß dann der Richter zurückgehen auf das Rechtsgewissen der Volksgemeinschaft als den Urgrund allen Rechtes und sich fragen, wie nach diesem Rechtsgewissen zu werten wäre. Man darf hier dem deutschen Richter vertrauen, daß er das wahre Gefühl für Recht und Unrecht, wie es in der Seele des Volkes schlummert, erkennt und die Strafwürdigkeit einer Tat hiernach empfinden und beurteilen kann. Nicht zuletzt, um auch auf diese innere Seite hinzuweisen, hat der Gesetzgeber statt des Wortes „Volksanschauung" „Volksempfinden" gewählt.

4. Der „Grundgedanke eines Strafgesetzes". Gesetzes- oder Rechtsanalogie?

Die weitere Voraussetzung zur entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes ist, daß der festgestellte Sachverhalt dem „Grundgedanken eines Strafgesetzes" zuwiderläuft. Das bedeutet einmal, daß die Tat nicht schon unmittelbar unter ein bestimmtes Gesetz — unter Berücksichtigung dessen Auslegung nach Sinn und Zweck — fällt, und daß auf die Tat doch der einem bestimmten Strafgesetz zu Grunde liegende, unvollkommen zum Ausdruck gebrachte Rechtsgedanke zutrifft[146]). Bei der Feststellung dieses Grundgedankens ist nicht die Ähnlichkeit des äußeren Tatbestandes maßgebend. Jedenfalls müssen hier aber zwei Grenzen eingehalten werden (so Kommendes deutsch. Strafr. a. a. O. S. 213). Der Verbotstatbestand muß stets aus dem Grundgedanken eines bestimmten Strafgesetzes entnommen werden. Der Richter muß immer noch in Verbindung mit dem Gesetz bleiben, schon wegen des Strafrahmens, er darf den Grundgedanken eines Gesetzes nicht so verallgemeinern, daß die Verbindung mit dem „gesetzlichen Tatbestand" völlig gelöst wird. (Siehe hierzu Anm. 128).

Was aber ist nun ein „bestimmtes Strafgesetz"? Dies kann nur ein bestimmter gesetzlicher Straftatbestand, ein ein bestimmtes Verhal-

---

[145]) Schwarz, Strafgesetzbuch, a. a. O. S. 16 spricht von der „gesunden Auffassung im Volk von Unrecht, Schuld und Sühne". So hat das Reichsgericht (JW 1936, S. 1446) richtig entschieden, daß ein verheirateter Mann, der den Beischlaf erschleicht, indem er sich mit seiner Freundin als angeblich ledig verlobt, nicht aus § 179 bestraft werden könne, vielmehr nur eine Beleidigung des Mädchens vorliege, da das völkische Rechtsdenken den Geschlechtsverkehr zwischen Verlobten keineswegs sittlich ebenso bewertet, wie den ehelichen Verkehr. (Vergl. Schwarz, Zeitschr. d. Ak. f. d. Recht, a. a. O. S. 289).

[146]) Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 187 „der einem oder mehreren bestimmten Strafgesetzen zu Grunde liegende Rechtsgedanke".

ten für strafbar erklärendes Gesetz sein. Die Antwort auf diese Frage zieht die weitere nach sich, wenn wir schon von Analogie sprechen, handelt es sich dann bei § 2 StGB. n. F. nur um die Zulassung der „Gesetzesanalogie" oder aber auch um die der „Rechtsanalogie", eine Frage, die allerdings eine praktische Bedeutung kaum mehr besitzen dürfte, der Untersuchung aber dennoch bedarf. M. E. gestattet § 2 StGB. n. F. nur die Gesetzesanalogie. Dafür spricht einmal die Entstehungsgeschichte. Nach Ackermann (S. 46) hat die preußische Denkschrift (s. S. 51 Anm. 123) nur die Zulassung der Gesetzesanalogie zum Ausdruck gebracht, was allerdings bestritten ist. Sodann spricht der Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission (Kommendes deutsches Strafrecht 2. Aufl. a. a. O. S. 213), wie oben bereits gesagt, davon, daß die „Verbindung mit dem gesetzlichen Tatbestand in seiner konkreten Ausgestaltung" nicht völlig gelöst werden dürfe und das Gesetz sagt selbst, der Verbotstatbestand müsse aus dem „Grundgedanken eines Strafgesetzes" genommen werden. Die amtliche Begründung (S. 28) endlich spricht von dem „Rechtsgedanken", der in dem „einzelnen Strafgesetz", wenn auch vielleicht „unvollkommen" zum Ausdruck komme, wobei allerdings später (S. 59) von dem Fall die Rede ist, daß der Grundgedanke mehrerer Strafgesetze zutreffen sollte. Da aber Grundgedanke eines Strafgesetzes ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand ist, kann bei § 2 StGB. n. F. nicht von einer Zulassung der Rechtsanalogie gesprochen werden. Denn diese geht ja gerade nicht von einem einzelnen bestimmten gesetzlichen Straftatbestand aus[147]). Neben dem bereits genannten Wortlaut des § 2 StGB. n. F. ergibt sich die Begründung für die Annahme der Gesetzesanalogie auch noch aus dem Wortlaut der §§ 170 a, 267 a StPO. n. F., wonach die Staatsanwaltschaft bezw. das Gericht zu prüfen hat, „ob auf die Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung dieses Strafgesetzes der Gerechtigkeit zum Siege verholfen werden kann"[148]).

---

[147]) S. oben S. 20 und Anm. 20; Ackermann, a. a. O. S. 5, s. auch dieselbe S. 4: „Gesetzesanalogie steht mit dem gesetzlichen Tatbestand eines Delikts in sehr viel engerer Berührung als Rechtsanalogie".

[148]) Für die Annahme von Gesetzesanalogie spricht sich aus — falls man überhaupt von Analogie sprechen wolle (vergl. oben Anm. 141) — Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 188, da „das Gesetz die Heranziehung des Grundgedankens eines (oder mehrerer) bestimmter Strafgesetze" verlange und „aus diesem — nicht aus einem Generaltatbestand oder einem eigens bestimmten besonderen Strafrahmen" — das Urteil gesprochen wissen wolle. In diesem Sinne auch Niethammer, a. a. O. S. 761 ff.: Es genüge nicht, daß das Gesetz Angriffe auf Ehe und Familie, Sittlichkeit, Rechtspflege, Leben usw. mit Strafe bedrohe und im einzelnen Fall ein Angriff

(Fortsetzung nächste Seite)

5. Grenzen und Möglichkeiten.

Bei der Anwendung des § 2 StGB. n. F. hat der Richter — das ist äußerst wichtig und bedarf besonderer Beachtung — stets zu prüfen, ob nicht aus der Fassung des Gesetzes gerade der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen ist, das ausgesprochene Gebot oder Verbot nicht mehr weiter auszudehnen[149]). Denn dies bedeutet einen Ausschluß der Überschreitung der gesetzten Grenzen im Wege einer entsprechenden Anwendung des Grundgedankens. Maßgebend und bestimmend soll ja nicht die Willkür des Richters sein. Nicht sie soll festsetzen, was strafbar ist und was nicht, der Richter soll nicht völlig neue Rechtsgedanken erfinden, sondern nur die bereits vorhandenen ausbauen[150]). Der Grundgedanke eines Gesetzes darf bei der Anwendung der Analogie nicht außer Kraft gesetzt werden. Der Richter soll der verständnisvolle Verbündete des Gesetzgebers sein, nicht aber gegen ihn tätig werden. Wohl erwogene Gründe mögen den Gesetzgeber dazu bestimmt haben, in gewissen Fällen eben nur bis zu einer gewissen Grenze und nicht weiter zu gehen[151]). Zu be-

---

der bezeichneten Art vorliege, der Umstand, daß die Tat unter die Überschrift des Gesetzes oder eines seiner Abschnitte untergebracht werden könne, genüge nicht, das Erfordernis sei enger, der Satz müsse einem Strafgesetz „als ausgearbeiter Rechtsgedanke" zu Grunde liegen. Gegen eine unbegrenzte Zulassung der Rechtsanalogie hat sich de lege ferenda schon Ackermann, a. a. O. S. 50 ausgesprochen, die für den Fall, daß sich die Strafbarkeit einer nach gesunder Volksanschauung strafbaren Handlung nur „aus einem Prinzip der gesamten Gesetzgebung" ergebe, vorgeschlagen hat, daß hier der Richter eine Bestrafung nur nach eingeholter Billigung des Reichsjustizministers vornehmen dürfe.

Entgegen obiger Ansicht spricht Schwarz, StGB. a. a. O. S. 16 von „Rechtsanalogie": „es ist ... die Frage, ob der Richter zur eigenen Rechtsschöpfung greifen soll, nach dem Inbegriff des völkischen Rechtsdenkens zu entscheiden, mithin im Wege der Rechtsanalogie; erst bei Bejahung dieses „ob" ist das „wie" der Bestrafung im Wege der Gesetzesanalogie zu entscheiden". Vergl. auch Schwarz, Zeitschr. der Akademie f. deutsches Recht, 1936, S. 287 ff. und DJZ. 1936, S. 213, sowie Mezger, a. a. O., der überhaupt nicht von Analogie reden will (s. Anm. 141). Er bezieht den „Grundgedanken des Strafgesetzes" auch auf den allgemeinen Teil des StGB.: der Weg ist ... für den Richter begehbar nur dort, wo er getragen ist vom „Grundgedanken eines Strafgesetzes", sei es des besonderen, sei es des allgemeinen Teils. Ebenso derselbe: Leitf., a. a. O. S. 36.

[149]) Kommendes deutsch. Strafrecht, a. a. O. S. 213.

[150]) L. Schäfer, DJ. 1935, S. 994.

[151]) Vergl. Niethammer, a. a. O. S. 758: „Die entsprechende Anwendung eines nicht unmittelbar zutreffenden Gesetzes ist dem Richter immer nur zur Hilfe für den Gesetzgeber, nie gegen dessen aus der gesetzlichen Regelung ersichtlichen oder zu vermutenden Willen erlaubt, der Richter darf nicht nach ungeschriebenem Recht bestrafen, wenn Grund zu der Annahme besteht, daß der Gesetzgeber die Bestrafung hätte vorschreiben können, wenn er gewollt hätte".

tonen ist hier, daß die erste Schranke für die Anwendung der Analogie natürlich die ist, daß die betreffende Tat nicht sonstwie nach einem bestehenden Strafgesetz unmittelbar bestraft werden kann. Die Ansicht von Schwarz[152]), der analoge Bestrafung schon dann annehmen will, wenn ein für die Tat vorhandenes Strafgesetz nach gesundem Volksempfinden „eine gänzlich unangemessene, auf die Tat gar nicht passende Strafe enthält", ist als zu weitgehend abzulehnen.

Die amtliche Begründung der Novelle selbst[153]) gibt hier einige Beispiele. Wenn das Gesetz in § 175 StGB. bewußt nur die gleichgeschlechtliche Unzucht zwischen M ä n n e r n mit Strafe bedroht, so geht es eben nicht an, auf Grund des § 2 StGB. n. F. auch die lesbische Liebe zu bestrafen[154]). Weiterhin kann eine Bestrafung nach § 175 StGB. nie den Grund dafür bilden, eine Entmannung nach § 42 k StGB. anzuordnen. Für eine analoge Gesetzesanwendung ist hier kein Raum. Die Aufzählung der Unzuchtsdelikte in § 42 k StGB. ist so ins Einzelne gehend, daß schon hieraus gefolgert werden muß, daß in der Außerachtlassung des § 175 StGB. keine Gesetzeslücke erblickt werden kann, sondern rechtspolitische und medizinische Erwägungen dazu geführt haben, ihn in § 42 k StGG. nicht aufzuführen. Auch sind in §§ 174 Abs. 1, Ziff. 1, 175a Ziff. 3, 176 Abs. 1 Ziff. 3, 182, 184 Abs. 1 Ziff. 2 und 184 a StGB. bestimmte Altersgrenzen bindend festgelegt[151]). Es muß daher auch heute als unzulässig angesehen werden, das Strafgesetz in einem Fall entsprechend anzuwenden, in dem die fragliche Person die betreffende Altersgrenze zwar schon überschritten hat, in ihrer körperlichen und geistigen Entwicklung aber auf der Stufe der Altersklassen zurückgeblieben ist, die der

---

[152]) StGB. a. a. O. S. 17 entgegen RG. 4 D 97/36, angeführt b. Schwarz, Zeitschr. d. Akademie f. dtsch. Recht, a. a. O. S. 288.

[153]) A. a. O. S. 28 ff., vergl. auch komm. deutsch. Strafrecht, a. a. O. S. 213. Freisler, Jahrb. a. a. O. S. 524: u. z. auch: bei Bezeichnung nur von „Deutschen" als möglichen Tätern einer strafbaren Handlung. Weitere Beispiele bei Niethammer, a. a. O. S. 758 ff.: Betreffend § 2 JGG.: Nichtbestrafung eines Dreizehnjährigen besonders frühreifen Täters, betr. die Fälle mit festen Schutzaltersgrenzen und betr. die gleichgeschlechtliche Unzucht unter Frauen. Ebenso Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 188, Freiesleben u. a. a. a. O. S. 24, Schwarz, Zeitschr. der Akad. f. d. Recht, a. a. O. S. 289, u. a. betr. § 154 StGB. hinsichtlich der unbeeidigten falschen Zeugenaussage. Auf diesen Gedankengängen beruht auch das bei Schwarz, a. a. O. angeführte, zu bejahende Urteil des Reichsgerichts, das die Möglichkeit verneint hat, den Vater, der seine leibliche Tochter von 15 Jahren unzüchtig berührt hat, mit Hilfe der §§ 174, Abs. 1, Ziff. 1 und 2 StGB. zu bestrafen. Weiterhin hat das Reichsgericht neuestens Ehebruch nur bei vollzogenem Beischlaf angenommen, nicht auch bei unzüchtigem Verkehr anderer Art (RGSt. 70, 173 = JW 1936, S. 1673).

[154]) Amtliche Begründung S. 28 ff. Niethammer, a. a. O. (Vergl. Anm. 153), Mezger DJZ. 1936, S. 602.

Gesetzgeber schützen wollte. Es ist nicht richtig (s. komm. d. Strafr. a. a. O. S. 205), wenn Finger a. a. O. S. 228 glaubt, die Verführung eines noch nicht voll geschlechtsreifen und unerfahrenen 17jährigen Mädchens, das auf Grund seiner geistigen und körperlichen Reife und Entwicklung einer noch nicht sechzehnjährigen gleichsteht und die Bedeutung eines geschlechtlichen Verkehrs noch nicht recht zu würdigen imstande ist, sei nach § 182 StGB. strafbar. Wohl mag in einem bestimmten Fall eine 17jährige einer noch nicht 16jährigen gleichstehen. Die Altersgrenze in § 182 StGB. bedeutet aber nicht die Kennzeichnung eines bestimmten Maßes geistiger und körperlicher Reife, sondern bewußt die starre Festlegung eines bestimmten Schutzalters. Hier hat das Gesetz deutlich und klar zum Ausdruck gebracht, daß es um der Rechtssicherheit willen in Kauf nimmt, daß in Ausnahmefällen sein Zweck eben nicht voll erreicht wird. Die amtliche Denkschrift[155]) weist auch noch besonders darauf hin, daß zumal auf dem Gebiete des Nebenstrafrechts, besonders des Wirtschaftsrechts, eine eingehende Prüfung dahin geboten ist, ob das Gesetz gewollte Grenzen enthält oder nicht. Nicht jedes Unrecht ist eben ohne Weiteres strafbar. Zulässig und oft geradezu erforderlich ist andererseits die Analogie in den Fällen, die der Gesetzgeber aus dem Grunde nicht geregelt hat, weil sie ihm noch nicht entscheidungsreif erschienen und er die Entscheidung der Wissenschaft und Rechtssprechung vorbehalten wollte, oder in den Fällen, die eine gesetzliche Regelung nicht erfahren konnten, da sich eine Notwendigkeit hierfür erst nach Erlaß des Gesetzes durch die Veränderung der Lebensverhältnisse herausgestellt hat. Hierher gehören auch die Fälle, in denen die Regelung des Tatbestandes einer strafwürdigen Handlung versehentlich unterlassen wurde. Von all diesen Fällen ist hier nicht die Rede, sondern von denen, in welchen eine Ergänzung durch entsprechende Gesetzesanwendung gegen den Zweck des Gesetzes und den Willen des Gesetzgebers verstoßen würde. So sind neben der Festsetzung von Altersgrenzen auch Termine und Fristen (z. B. §§ 61, 67, 70 StGB.) nicht „abänderbar", ihre Festlegung beruht auf kriminalpolitischen Erwägungen. Eine Grenze ist ferner hinsichtlich des Schuldgrades gegeben. Es können nicht etwa Bestimmungen, die vorsätzliches Handeln erfordern, analog auch bei fahrlässigen Verstößen des Täters zur Anwendung kommen. Eine Lücke des Gesetzes liegt nicht vor, wenn das fahrlässige Handeln nicht unter Strafe gestellt

[155]) S. 29. Siehe auch Niethammer, a. a. O. S. 760, der als Beispiele „geflissentlicher Einengung" der Strafvorschriften das Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln v. 10. 12. 1929, das Weingesetz v. 25. 7. 1930 und das Milchgesetz v. 31. 7. 1930 anführt. Zu § 25 RStrVO. vergl. RG. in JW. 1936. S. 1539 ff.

ist. Hier hält eben der Gesetzgeber eine Bestrafung nicht für erforderlich. Ebenso kann mit Hilfe des § 2 StGB. n. F. die Akzessorietät der Teilnahme nicht beseitigt werden[156]). Zutreffend macht Brinkmann[157]) darauf aufmerksam, daß sich auch aus dem Zeitpunkt der Verkündung eines Gesetzes die Frage ergeben könne, ob das Gesetz absichtlich eine bestimmte Strafandrohung nicht vornehme. Dies ist vor allem bei Gesetzen zu beachten, denen eine ausführliche Erörterung im Schrifttum vorangegangen ist. Es ist wohl anzunehmen, daß ein neues Gesetz in einem solchen Fall eine abschließende Regelung treffen will, da ja die Ausfüllung klar erkannter Gesetzeslücken nicht auf die Dauer der Analogie überlassen bleiben kann.

Bei Anwendung der Analogie muß der Richter nicht zuletzt prüfen, ob er sich in Übereinstimmung mit dem Willen des Führers befinde, denn in dieser Richtung ist er gebunden. Der Führer ist der regelmäßig berufene Gesetzgeber. Der Eingriff des Richters in seine Rechte soll daher nur erfolgen, wenn dies unbedingt erforderlich[158]) ist.

Liegen die Voraussetzungen des § 2 StGB. n. F. vor, verdient die Tat nach gesundem Volksempfinden Bestrafung und findet der Grundgedanke eines bestimmten Strafgesetzes auf sie Anwendung, so muß der Richter bestrafen. Diese Pflicht wurde ausdrücklich in den neuen §§ 170 a, 267 a StPO. zum Ausdruck gebracht. Aus dem Gesetz, dessen Grundgedanke zutrifft, ist Anklage zu erheben und das Urteil zu schöpfen, aus ihm der Strafrahmen zu entnehmen, denn der Richter darf ja nur entsprechende Tatbestände schaffen, nicht aber auch analoge Strafen[159]). Dieses Gesetz ist maßgebend für die Frage des Rückfalls, die für das Grunddelikt, nach dessen Gesetz ja die Tat bestraft wird, begründet wird. Ein Irrtum des Täters über die Strafbarkeit seiner Tat im Wege des § 2 StGB. n. F. ist unbeachtlich, es handelt sich um einen sogenannten Strafrechtsirrtum. Da die im Wege der Analogie zur Bestrafung gelangende Tat rechtswidrig ist, besteht gegen sie die Möglichkeit einer Notwehr.

---

[156]) S. Schwarz, Zeitschr. d. Akad. f. d. Recht, a. a. O. S. 288.

[157]) A. a. O. S. 1588, vergl. zu obigen Ausführungen überhaupt Brinkmann, a. a. O. S. 1587 ff.

[158]) S. zu dieser Frage Freisler, Jahrb. a. a. O. S. 523. Dahm, DStrR. 1934 S. 90. Vergl. auch Schinnerer, a. a. O. S. 780 ff., besonders S. 782: „An die Ordnung der Volksgemeinschaft" bleibe „der Richter immer gebunden", er dürfe „nicht frei aus dieser Ordnung schöpfen", sondern sei an die Richtung gebunden, die ihm der Führerwille im Gesetz weise. „Analogie und gebundene Rechtsschöpfung ist ... zugleich Verwirklichung des Führerwillens".

[159]) Verfehlt ist es somit, eine Strafe oder Ehrenstrafe etwa aus § 2 StGB. n. F. selbst zu entnehmen. Vergl. RG. in JW 1936, S. 1780.

Von Wichtigkeit ist hier dann die Frage, welches Gesetz Anwendung findet, wenn eine Tat nach dem Grundgedanken verschiedener Gesetze strafbar erscheint. In dem bekannten Fall des Münzfernsprecherbetrugs z. B. käme, wäre nicht der § 265 a StGB. geschaffen worden, Betrug, Münzfälschung und Entziehung elektrischer Arbeit in Betracht. § 2 Satz 2 StGB. n. F. bestimmt für diesen Fall, daß die Tat nach dem Gesetz zu bestrafen ist, dessen Grundgedanke auf sie „am besten" zutrifft. Der Richter hat hier also nicht das mildeste der in Betracht kommenden Strafgesetze anzuwenden, sondern das, in dessen „Vorstellungskreis" die abzuurteilende Tat am besten hineinpaßt[160]). Die Möglichkeit ist somit geboten, den Einklang der Rechtspflege mit dem Rechtsgefühl des Volkes wieder herzustellen, jedem strafwürdigen Verhalten auch den verdienten Lohn folgen zu lassen.

Für die entsprechende Anwendung der Strafgesetze ergibt sich ein lehrreiches Beispiel aus dem auf dem Reichsparteitag der Freiheit am 15. 9. 1935 verkündeten Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre. In § 2 dieses Gesetzes wird bestimmt, daß „außerehelicher Verkehr" zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes verboten ist. Darüber, was unter „außerehelichem Verkehr" zu verstehen sei, gingen die Meinungen auseinander. Sollte auch öffentliches, Ärgernis erregendes Tanzen unter die Strafbestimmung fallen? Diese Auffassung war jedoch schon in dem Entwurf des preußischen Justizministers, der als Verletzung der Rassenehre nur den öffentlichen, Anstoß erregenden Verkehr mit Angehörigen f a r b i g e r Rassen bezeichnete, als zu weit gehend abgelehnt worden (a. a. O. S. 48). Inzwischen ist durch § 11 der 1. Verordnung zur Ausführung des Gesetzes zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre v. 14. 11. 1935 (RGBl. I S. 1334) ausdrücklich bestimmt worden, daß außerehelicher Verkehr im Sinne des § 2 des Gesetzes nur der Geschlechtsverkehr ist. Beachtlich aber ist bei diesem Gesetz die Frage seiner bewußten Umgehung durch einen deutschen Staatsangehörigen dadurch, daß dieser die Tat —

---

[160]) So Freiesleben, u. a. a. a. O. S. 26. Für den Fall, daß die Grundgedanken mehrerer Strafgesetze auf die Tat gleich gut zutreffen, glaubt Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 187, daß dann nicht etwa das mildeste Gesetz anzuwenden sei, vielmehr eine Art Idealkonkurrenz der mehreren gleich gut zutreffenden Strafgesetze vorliege. Die Verurteilung habe dann aus den mehreren Gesetzen zu erfolgen und der Strafrahmen sei aus dem schwersten Strafgesetz zu entnehmen. Dies entspräche der materiellen Gerechtigkeit. Bei der ganzen Frage dürfte es sich m. E. mehr um eine theoretische Erörterung handeln, da der Richter in einem solchen Fall sich eben für die Anwendung eines bestimmten Strafgesetzes als dem „am besten" zutreffenden entscheiden wird.

etwa durch Überschreitung der nahegelegenen Grenze — ins Ausland verlegt. Hier ist die entsprechende Anwendung des genannten Gesetzes, auch wenn die Tat in dem betreffenden Staat nicht strafbar ist, trotz des § 4 Abs. 2 Ziff. 3 StGB. zu befürworten. Es liegt hier eine Vereitelung des vom Gesetz erstrebten Schutzes des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vor, für die das gesunde Volksempfinden Bestrafung erfordert[161]).

In dem durch die Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935 neu gefaßten § 142 StGB. ist die Selbstverstümmelung unter Strafe gestellt, wenn sie begangen wird, um zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich zu machen. Es mag hier zweifelhaft sein, ob diese Bestimmung auch dann Anwendung finden soll, wenn sie begangen wird, um sich der Arbeitsdienstpflicht zu entziehen. Man könnte sagen, wäre diese Regelung gewollt, so hätte sie ihren Niederschlag im Gesetz gefunden, zumal das Gesetz über die Arbeitsdienstpflicht zur gleichen Zeit, am 26. 6. 1935 erlassen wurde. Dieser Auffassung kann aber nicht beigepflichtet werden. Bei der Kürze der Zeit, die die beiden Gesetze auseinander liegen, ist anzunehmen, daß im Zeitpunkt der Abfassung des § 142 StGB. das Arbeitsdienstpflichtgesetz in seiner Fassung eben noch nicht vorlag. Die Pflicht, sich dem Arbeitsdienst zu unterziehen, ist keine geringere, als die Wehrpflicht. Der Arbeitsdienst ist für jeden jungen Deutschen die Vorstufe des Wehrdienstes, eine Einrichtung der vormilitärischen Jugendertüchtigung und als Dienst an der Volksgemeinschaft gleich wertvoll. Wer sich dieser Pflicht entzieht, versagt sich der Volksgemeinschaft und ist nach gesundem Volksempfinden strafwürdig[162]). Entgegen der Ansicht Weimars[163]) dürfte es m. E. aber zu weit führen, den § 142 StGB. entsprechend auch auf Entziehung von der Luftschutz- oder Steuerpflicht anzuwenden, da diese Pflichten „nur konkretisierte Pflichten der jeden Volksgenossen treffenden Gemeinschaftspflicht" seien und jeder sein Leben so gestalten müsse, „daß die Lebensführung den Interessen und Forderungen der Gemeinschaft entspreche".

Eine für die Gegenwart sehr wichtige Frage ist weiterhin die, ob für Beamte geltende Bestimmungen des Strafgesetzbuches auch

---

[161]) So auch Schwarz, StGB. a. a. O. S. 19. Vergl. auch Schöff.-Ger. Mannh. zur Frage d. Strafbarkeit der Teilnahme an Zusammenkünften einer in Deutschland verbotenen Vereinigung im Ausland, die bejaht wird. DJ. 1936, S. 1239. Neuestens v. Ammon in JW 1936, S. 2963, der die Anwendung des § 2 StGB. auch dann bejahen will, wenn ein ausländischer Jude mit einer deutschen Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes im Ausland verkehrt, was aber zu weit geht.

[162]) Brinkmann, a. a. O. S. 1588.

[163]) Weimar, DJZ. 1936, S. 174; gegen diese Ausführungen vergl. auch Schwarz Zeitschr. d. Akademie f. deutsch. Recht, a. a. O. S. 289.

auf die Amtsträger der NSDAP. Anwendung finden können. L. Schäfer[164]) ist der Auffassung, daß mit Rücksicht auf die scharfe Abgrenzung des strafrechtlichen Beamtenbegriffs die Amtsdelikte nicht ohne weiteres auf Amtsträger der Partei oder ihrer Gliederungen erstreckt werden können. Die Frage ist äußerst zweifelhaft. Das Reichsgericht hat es in seiner Entscheidung vom 17. 6. 1935 abgelehnt, die entsprechenden Bestimmungen des StGB. auf Amtsträger Anwendung finden zu lassen[165]).

Man betrachte einmal die Tätigkeit und Stellung maßgeblicher hauptamtlicher politischer Führer, etwa der Gauleiter, ihren Einfluß auf die gesamte Staatsverwaltung, ihre Treupflicht gegenüber Volk, Führer und Staat. Nach § 1 des Gesetzes zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat v. 1. 12. 1933 (RGBl. I 1016) ist die NSDAP. die Trägerin des deutschen Staatsgedankens und mit dem Staate unlöslich verbunden. Eine entsprechende Anwendung der für Beamte vorgesehenen Bestimmungen ist hier zu befürworten, solange nicht besondere Vorschriften geschaffen werden. Daran hindert nicht die für Angehörige der Partei bestehende Parteigerichtsbarkeit.. Sie ist lediglich Disziplinargerichtsbarkeit, nicht Sondergesetzgebung, die eine entsprechende Gesetzesanwendung verhindern würde. Auch kann hier letztlich die Tatsache keine Rolle spielen, daß der hauptamtliche politische Leiter nicht als Beamter vereidigt ist. Er ist eidlich zur Treupflicht gegenüber dem Führer und Reichskanzler, also der höchsten Stelle des Staates, genau so verpflichtet, wie der Beamte. Es wurde ja auch schon nach bisherigem Recht der als „Beamter" im Sinne des Strafrechts angesehen, dem ohne förmliche Ernennung Dienste und Verrichtungen öffentlichrechtlicher Natur übertragen wurden, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Herbeiführung staatlicher Zwecke dienen[166]) (RGSt. 60, 139. 62, 338. 69, 232). Im Interesse einer sauberen Begriffsbestimmung wäre es freilich zu begrüßen, die Amtsträger mit den Beamten gleichzustellen, etwa durch Schaffung eines gemeinschaftlichen Oberbegriffs, wie er in der Neufassung des § 4 Ziff. 2 StGB. durch die Worte „Träger eines deutschen Amtes" bereits zum Ausdruck gebracht worden ist[167]). So verschieden auch in der Regel Partei und Staat behandelt werden müssen, eine einheitliche Gestaltung der Amtsdelikte ist auf jeden

---

[164]) DJ. 1935, S. 994.

[165]) RGSt. 69, 231 ff.; s. a. Jugend u. Recht, 1935, S. 188.

[166]) Schinnerer, a. a. O. S. 177 führt aus, daß die Sondervorschriften für Beamte ihren inneren Grund nicht „in der formellen Bestellung zum Beamten haben, sondern in der Funktion, die ein Volksgenosse in der Gemeinschaft ausübe".

[167]) Art. II, Ziff. 1 a des Gesetzes v. 24. 4. 1934 (RGBl. I S. 345).

Fall zu befürworten. Der vom Reichsminister der Justiz herausgegebene Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission läßt die Regelung dieser Frage noch offen, kündigt aber an, es sei in Aussicht genommen, „die Amtswalter der Partei im Rahmen der Amtsverbrechen in gewissem Umfang den Amtsträgern gleichzustellen"[168]).

Die angeführten Beispiele sollen zur Verdeutlichung der Grundsätze und Richtlinien dienen, in welchen sich die neugeschaffene Rechtsschöpfung durch den Richter bewegen kann. Es erscheint m. E. bei dem für unser Strafrecht grundsätzlich Neuen der Regelung des § 2 StGB. nicht geboten, das Strafgesetzbuch nun daraufhin durchzusehen, wo wohl für eine entsprechende Anwendung des Gesetzes Raum vorhanden ist und es ist dies auch nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Ein solcher Weg könnte zu leicht irre führen und von den Richtlinien abbringen, die von Fall zu Fall einer derartigen Entscheidung zu Grunde zu legen sind[169]).

Daß nach § 2 StGB. n. F. trotz des Wortlauts „Strafgesetzes" auch die entsprechende Anwendung strafprozessualer Vorschriften möglich ist, braucht nicht besonders betont zu werden. Im Rahmen dieser Arbeit kann auch nicht näherhin ausgeführt werden, welche Folgewirkungen die Anwendung des § 2 StGB. n. F. nach sich zu ziehen vermag. Es sei hier nur angedeutet, daß das ganze Gebiet der unerlaubten Handlungen des BGB. (§ 823 ff.) durch die entsprechende Gesetzesanwendung weitgehend betroffen wird, da auch das entsprechend angewendete Strafgesetz Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB. ist[170]).

Die Neufassung unseres Strafgesetzes ist, das können wir hier feststellen, etwas durchaus anderes, als Art. 6 des russischen Strafgesetzbuches von 1926, das dem Strafrichter eine mehr oder weniger

---

[168]) Komm. deutsch. Strafrecht, besond. Teil (1. Aufl. 1935, S. 140), 2. Aufl. 1936, S. 330.

[169]) Siehe hierzu auch Freieslehen u. a., a. a. O. S. 25, Mezger, DJ., 1936, S. 303. Beispiele zu § 2 StGB. n. F. siehe insbes. bei Hubernagel, DJZ. 1935, S. 1203 ff., der die Möglichkeit der Analogie in verschiedene Gruppen zerlegt, wobei er aber u. a. Beispiele anführt, die richtigerweise zur ausdehnenden Auslegung zu zählen sind. Siehe auch Schwarz, Zeitschr, a. a. O. S. 290 ff. und derselbe StGB. a. a. O. S. 18 ff., wobei auch hier einige Beispiele unter den Begriff der ausdehnenden Auslegung fallen dürften, so z. B. hinsichtl. § 257 u. § 259 StGB. Von den neuestens veröffentlichten Entscheidungen wäre bei den in JW 1936, S. 1615 Nr. 23. 3013 Nr. 69 u. 3015 Nr. 71 angeführten Urteilen eine unmittelbare Gesetzesanwendung in Frage gekommen (betr. §§ 223, 176, Abs. 1, Ziff. 2 u. 263 StGB.). Richtig: Urteil des AG. Braunschweig in JW. 1936, S. 3014. Nr. 70 zur Frage der Ersatzhehlerei.

[170]) Vergl. Schwarz, Zeitschr. a. a. O. S. 291.

generelle Ermächtigung gibt, alle Handlungen mit Strafe zu belegen, die gegen die Belange der Volksgemeinschaft verstoßen und die besonderen Straftatbestände lediglich beispielsweise und der Verdeutlichung halber aufstellt[171]).

6. Analogie und Auslegung.

Durch die Zulassung der entsprechenden Gesetzesanwendung verschwindet die bisherige Bedeutung der Grenze zwischen Analogie und ausdehnender Auslegung wenigstens für das materielle Recht. In prozessualer Hinsicht ist die Unterscheidung dagegen auch künftighin noch von Bedeutung, da für die entsprechende Gesetzesanwendung einige besondere Verfahrensvorschriften gelten[172]). Ebenso wird die Abgrenzung für die Frage der Begründung einer Entscheidung natürlich weiterhin nach wie vor von Bedeutung sein. Die ausdehnende Auslegung aber wird in Zukunft nicht mehr der äußerste Zufluchtsort dafür sein müssen, um Entscheidungen treffen zu können, die nicht jedem Rechtsgefühl ins Gesicht schlagen. Sie wird sich wieder in den Grenzen halten können, die sich schon aus dem Wort ergeben, sie wird den Gedanken eines Gesetzes gegenüber dem zu engen Wortlaut klar zu stellen haben, entsprechend der in Aussicht genommenen Bestimmung, die besagt, der Richter dürfe nicht „am Wortlaut des Gesetzes haften", er müsse vielmehr „nach dessen Sinn und Zweck entscheiden, die er aus dem ihm zu Grunde liegenden Rechtsgedanken, der gesunden Volksanschauung und den Kundmachungen des Führers ermitteln muß" (Komm. deutsch. Strafr. Allgemeiner Teil 2. Aufl. 1935 S. 214). Die Weiterentwicklung dieses Gedankens in der vom Gesetzgeber eingeschlagenen Richtung wird nun frei und offen sich als solche bekennen können und nicht mehr gezwungen sein, sich unter der ausdehnenden Auslegung zu verbergen, der als „unmittelbarer Gesetzesanwendung" allerdings auch in Zukunft der Vorrang gebührt[173]). Die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes soll nur die letzte Möglichkeit sein, das letzte und engste Netz, das ein Entschlüpfen vor der strafenden Gerechtig-

[171]) Komm. deutsches Strafr. Allgem. Teil, 1. Aufl., 1934, S. 128, 2. Aufl., 1935, S. 200.

[172]) Vergl. Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 185 und § 8 d. Arbeit. Niethammer, a. a. O. S. 755 ff. A. A. unrichtigerweise Schinnerer, a. a. O. S. 777: „Mit dem Fall des Analogieverbotes werde die Abgrenzung bedeutungslos".

[173]) So auch Niethammer, a. a. O. S. 755, Schäfer-Dohnanyi, a. a. O. S. 187, der hier ausführt, daß „dieses Verhältnis einer gewissen Subsidiarität zum Gesetzesrecht, das sich von selbst versteht und in der Natur der Sache liegt", keineswegs bedeute, daß der Richter „nur ausnahmsweise zum Hilfsmittel der analogen Bestrafung greifen dürfe", wie Schwarz, StGB. a. a. O meint. Vergl. auch Freiesleben, u. a. a. a. O. S. 22.

keit unmöglich macht. Es ist nicht die Absicht des Gesetzgebers, daß der Richter, statt die Möglichkeit des geschriebenen Rechts auszuschöpfen, seine Zuflucht in den § 2 StGB. n. F. sucht. Diese Bestimmung soll nicht dazu dienen, dem Richter eine sorgfältige rechtliche Würdigung der zu seiner Entscheidung gelangenden Fälle zu ersparen.

7. Bedeutung der neuen Regelung.

Aufbauend und herauswachsend aus der nationalsozialistischen Staats- und Rechtsauffassung hat der § 2 StGB. n. F. einen Zustand geschaffen, dessen Bestehen mit Recht als eine „Revolution des Strafrechts" bezeichnet worden ist[174]). Die Vorstellung von der Ausschließlichkeit des Gesetzes als Rechtserkenntnisquelle ist überwunden, dem neuen Strafrecht damit sein Weg gezeigt und bereitet. Das Gesetz bedeutet eine gewaltige Kampfansage gegen das Verbrechertum, einen erhöhten Schutz der Volksgemeinschaft und den endgültigen Sieg der materiellen Gerechtigkeit. Der Charakter unseres Strafgesetzbuches hat sich von Grund auf geändert. Das bisherige Strafgesetzbuch ist aus seinen Angeln gehoben. Ein Strafgesetzbuch mit Analogieverbot und ein solches mit Analogiegebot sind eben nicht mehr einander gleich. Der besondere Teil des Strafgesetzbuches erhält einen vollkommen anderen Sinn als bisher. Seine Aufgabe besteht darin, dem Richter Richtlinien für den materiellen Unrechtsgehalt einer Tat zu geben.

Wir dürfen aber nicht übersehen, daß viel wichtiger als die Reform des Strafrechts ist der Geist, in dem Richter und Staatsanwalt die ihnen in die Hand gelegten neuen gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung bringen[175]). Dem deutschen Richter und Staatsanwalt ist durch das Gesetz ein außerordentlich großes Vertrauen erwiesen worden, das aber durch die selbstverständliche Erwartung verantwortungsfreudiger Arbeit durchaus gerechtfertigt erscheint. Sie haben darüber zu wachen, daß die eröffneten neuen Möglichkeiten voll ausgenutzt werden, aber auch darüber, daß im Übereifer nicht über das Ziel hinausgeschossen wird und das kostbare Gut der Rechtseinheit und Rechtssicherheit Schaden leidet[176]). Der heutige Gesetzgeber sieht im deutschen Richter den Mitarbeiter bei der Verwirklichung des Führerwillens. Auch der Richter steht in der Volks-

---

[174]) Reichsminister Frank im V. B. v. 5. 7. 1935. Vergl. auch Mitteilungsblatt des BNSDJ. Nr. 2 von 1935, S. 55 ff.
[175]) Münster, a. a. O. S. 461.
[176]) E. Schäfer, a. a. O. S. 992.

gemeinschaft, die eine Gefolgschaft des Führers ist, und hat dieser zu dienen.

§ 8. Die strafprozessualen Maßnahmen bei Anwendung der Analogie.

1. Grundsätzliches.

Gleichzeitig mit dem Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches erging am 28. 6. 1935 das Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes (RGBl. I S. 844). Dieses Gesetz ist die erste große Verfahrensnovelle seit der nat. soz. Revolution. Auch hier ist das hervorragendste Merkmal, zu dem inneren, wahren, „materiellen" Verbrechensbegriff vorzudringen. Die Gedanken des neuen Gesetzes zeigen deutlich die Überschriften, die die einzelnen Abschnitte tragen: „freiere Stellung des Richters", „freieres Ermessen des Gerichts bei Beweiserhebungen", „freiere Stellung der Staatsanwaltschaft" ... usw. Befreiung von den einengenden Fesseln des bisherigen Rechts ist auch hier die Losung. Die Vorschriften des Art. 1 der Novelle, die über die Rechtsschöpfung durch entsprechende Anwendung der Strafgesetze handeln, dienen vornehmlich der prozessualen Einführung der durch § 2 StGB. n. F. in das Strafrecht eingeführten Gedanken. Man könnte ja daran zweifeln, ob die neuen Vorschriften des StGB. eine Änderung oder Ergänzung der StPO. notwendig gemacht hätten. Da § 2 StGB. n. F. beide „Rechtserkenntnisquellen" gleichberechtigt nebeneinander nennt, könnte der Schluß gezogen werden, der neuen „Rechtserkenntnisquelle" brauche nicht besonders gedacht zu werden, die Frage, ob § 2 StGB. n. F. Anwendung finde, sei ebenso zu prüfen, wie bei jeder anderen Vorschrift des Gesetzes. Streng genommen ist diese Auffassung zu billigen und die §§ 170 a, 267 a StPO. wären dann entbehrlich[177]). Infolge des gewaltigen Umbruchs mit überkommenen Anschauungen, die die Strafrechtsnovelle mit sich brachte, erschien es aber notwendig, auch in der Strafprozeßordnung Gerichte und Staatsanwaltschaften auf den neuen Rechtszustand eindringlich hinzuweisen, deshalb werden in den neu in die StPO. eingefügten §§ 170 a, 267 a Staatsanwaltschaft und Gerichte nochmals besonders angewiesen, in engem Zusammenwirken zu prüfen, ob auf eine Tat der Grundgedanke eines Strafgesetzes zutrifft und ob durch entsprechende Anwendung des Strafgesetzes eine Tat, die nach gesundem Volksempfinden Bestra-

[177]) Schwarz, a. a. O. S. 925. Lehmann, a. a. O. S. 1000.

fung verdient, ihrer gerechten Sühne zugeführt werden kann[178]). Diese Vorschriften sollen dafür sorgen, daß von der neuen Handhabe, der Gerechtigkeit zum Siege zu verhelfen, ausreichend Gebrauch gemacht wird. Wichtig ist hier noch, daß bei Anwendung des § 2 StGB. n. F. der nach § 265 Abs. 1 StPO. erforderliche Hinweis auf die Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes zu beachten ist[179]). Die Urteilsformel hat nur das Gesetz anzugeben, nach dem bestraft wird, es ist in der Urteilsformel nicht ersichtlich zu machen, daß eine entsprechende Gesetzesanwendung vorliegt[180]).

2. Revisionsmöglichkeit.

Der Richter, der ein Strafgesetz entsprechend anwendet, schöpft neues Recht. Der Gefahr einer Rechtszersplitterung und eines Mißbrauchs der neugeschaffenen Möglichkeiten ist dadurch vorgebeugt, daß Revisionsmöglichkeit gegeben ist. Dies ist näherhin geregelt in der nach Art. 1 Ziff. 1 b des Gesetzes vom 28. 6. 1935 in Art 2 § 1 der Verordnung über Maßnahmen auf dem Gebiete der Rechtspflege und Verwaltung vom 14. 6. 1932, Erster Teil Kap. I (RGBl. I S. 285) hinter Nr. 1 als Nr. 1 a eingefügten Vorschrift. Hiernach kann die Staatsanwaltschaft Revision einlegen, wenn sie geltend macht, daß in dem angefochtenen Urteil die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes zu Unrecht erfolgt oder nicht erfolgt sei. Diese Möglichkeit steht der Staatsanwaltschaft auch zu, wenn sie selbst bereits Berufung eingelegt hat, nach den Bestimmungen der Verordnung vom 14. 6. 1932 also das Recht auf Revision verwirkt hätte. Maßgebend für die Entstehung dieses erweiterten Rechtsmittelrechtes ist nicht der Inhalt des angefochtenen Urteils, sondern allein die oben bezeichnete Rüge, die die Staatsanwaltschaft erhebt. In dem nach Art. 1 Ziff. 1 c des angeführten Gesetzes gleichfalls neu eingefügten § 347 a der StPO. erhält die Staatsanwaltschaft im Interesse der Rechtseinheit

---

[178]) Amtl. Begr. S. 51, R. Lehmann, JW 1935, S. 2327 u. DJ. 1935, S. 1000.

[179]) Siehe dazu Niethammer, a. a. O. S. 766: Will das Gericht vom Eröffnungsbeschluß abweichen, ist nach § 265, Abs. 1, StPO. zu verfahren; eine Abweichung liegt vor, wenn der Beschluß ein bestimmtes Strafgesetz als unmittelbar zutreffend angibt, das Gericht aber Grund zur nur entsprechenden Anwendung eines Strafgesetzes findet und wenn das Gericht, während der Beschluß die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes ins Auge faßt, die Tat rechtlich so würdigt, daß ein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar zutrifft oder ein anderes als das im Beschluß bezeichnete Gesetz entsprechend anzuwenden ist. In allen diesen Fällen ist der Hinweis nach § 265 StPO. erforderlich.

[180]) Freiesleben u. a., a. a. O. S. 26/27.

bei der Fortentwicklung des Rechts in diesen Fällen weiterhin das Recht, anstelle der Zuständigkeit des nach dem Gesetze berufenen Oberlandesgerichts unmittelbar die Zuständigkeit des Reichsgerichts herbeizuführen. Entscheidend für die Begründung der Zuständigkeit des Reichsgerichts ist der einfache Antrag der Staatsanwaltschaft. Dieser muß darauf gestützt sein, daß in dem angefochtenen Urteil die entsprechende Anwendung eines Strafgesetzes zu Unrecht erfolgt oder nicht erfolgt sei. Er muß vor Beginn der Hauptverhandlung des Revisionsgerichts gestellt werden und kann zurückgenommen werden, solange die Hauptverhandlung vor dem Reichsgericht noch nicht begonnen hat, so daß dann das Oberlandesgericht endgültig als Revisionsgericht entscheidet. (§ 347 a Abs. 2 StPO.). Ja, die Staatsanwaltschaft kann diesen Antrag selbst dann stellen, wenn nicht sie selbst, sondern der Verurteilte — aus einem anderen Grunde — Revision eingelegt hat (§ 347 a Abs. 1 Satz 2).

Damit ist den im Schrifttum aufgetauchten Forderungen wenigstens teilweise entgegengekommen, bei Zulassung der Analogie die Revisionsmöglichkeit zu erweitern und in größerem Umfange als bisher die Revisionsentscheidung wieder dem Reichsgericht zu übertragen[181]). Es könnte vielleicht bemängelt werden, daß die Revisionsmöglichkeit allein der Staatsanwaltschaft, nicht aber auch dem Verurteilten gegeben ist. Letzterer ist es doch, der die Folgen einer entsprechenden Gesetzesanwendung unmittelbar zu spüren bekommt. Daraus, daß dem Verurteilten dieses Recht bewußt nicht gegeben ist, ergibt sich, daß es nicht geschaffen wurde dem Einzelfall zuliebe, um dem Einzelnen ein weiteres Recht in die Hand zu geben, sondern einzig und allein mit Rücksicht auf die Neubildung und Weiterbildung des Rechts durch den Richterspruch, um die Rechtseinheit zu fördern, wegen der grundsätzlichen Bedeutung, die jedem Fall innewohnt, in dem das Gericht eine das geschriebene Recht erweiternde rechtsschöpferische Tätigkeit vornimmt oder ablehnt[182]). Die Staatsführung wollte sich auf diesem so wichtigen Gebiet der Rechtsbildung einen weitergehenden Einfluß vorbehalten, als es sonst gegenüber der Rechtsbildung durch die Gerichte üblich ist[183]). Deutlich ist bereits erkennbar, daß der Raum zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem größer wird, daß für einen Parteigedanken im neuen Strafrecht kein Raum mehr sein wird[184]).

---

[181]) Siegert, DStrR. 1934, S. 384, wobei sich der Verfasser allerdings kurz zuvor gegen eine Sonderregelung bei Anwendung der Analogie wendet.

[182]) Niethammer, a. a. O. Bd. 55, S. 766 ff.

[183]) R. Lehmann, JW 1935, S. 2327.

[184]) Freisler, DJ. 1935, S. 1252.

Daß die Zulassung der Revision in dem durch die Strafprozeßnovelle vorgesehenen Umfang geeinget wäre, das ganze große Werk der Begründung der sinngemäßen Gesetzesanwendung wieder zunichte zu machen, wie Freisler[185]) noch vor nicht allzu langer Zeit zur Frage der „Sondernachprüfung von Analogieurteilen" gemeint hat, ist nicht der Fall.

[185]) Freisler, DStrR. 1935, S. 27 ff.

IV. Teil:

§ 9. Das Analogieverbot im Ausland.

Ein Überblick über die Einstellung zur Analogie im Ausland soll das gegebene Bild vervollkommnen. Es ist ja noch nicht zu lange her, daß das Analogieverbot als ein international anerkannter Grundsatz jeglicher Strafrechtsauffassung galt. Immer hat es zwar Länder gegeben, wie England und einige Kantone der Schweiz, die den Satz „nulla poena, nullum crimen sine lege" nicht kennen. Dies beruht darauf, daß eben nur ein Teil der strafbaren Handlungen gesetzlich geregelt ist, im Übrigen aber für das Strafrecht das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle gilt[186]). So z. B. in England die Common law, ein Recht, das in den Vorentscheidungen der Gerichte niedergelegt ist oder nach Analogie geltender Bestimmungen vom Richter neu geschaffen wird. Allerdings wird gerade in England betont, daß diese letztere Befugnis vom Richter nur vorsichtig ausgeübt werden soll. Auch in einem großen Teil von Amerika ist das Common law als Rechtsquelle für das Strafrecht zugelassen[187]). In den übrigen Ländern aber, deren Staatsleben vom Geiste der Aufklärung, von der Gewaltenteilungslehre Montesquieu's beherrscht ist, finden wir den Grundsatz, daß eine Handlung nur dann mit Strafe belegt werden

---

[186]) Siehe Schinnerer, a. a. O. S. 770 ff. und Gleispach, a. a. O, S. 270 ff. Darnach sind in England in den letzten 100 Jahren zwar beinahe alle Verbrechen gesetzlich geregelt worden, aber der Mord ist bis heute ein Verbrechen nach common law. Hinsichtlich der Schweiz s. Gleispach, a. a. O. S. 271: Das Zuchtpolizeigesetz des Kantons Aargau vom 19. 2. 1866 z. B. bezeichnet das Unrecht, das bestraft werden soll, lediglich mit dem Fachausdruck, ohne besondere Tatbestände zu enthalten. Es droht in § 1 (Text Gleispach, a. a. O. S. 284) Strafe an gegen „Ehrverletzungen, körperliche Angriffe gegen Personen usw., Verletzungen des öffentlichen und Privateigentums". Obwohl in der Verfassung Aargaus der Satz nullum crimen sine lege aufgestellt ist, hat das schweizerische Bundesgericht erklärt, daß dieser Satz den Gesetzgeber nicht hindere, sich „mit der Aufstellung allgemeiner Verbrechenskategorien zu begnügen". (Entscheidungen des Bundesgerichts s. Gleispach, a. a. O. S. 284 ff.).

[187]) Vergl. die Rede d. R. J. M. Gürtner auf dem XI. Internat. Strafrechtskongreß in Berlin, DJ. 1935, S. 1244.

kann, wenn die Strafe vorher gesetzlich angedroht ist, sei es in den Strafgesetzbüchern oder in den Verfassungsgesetzen[188]), so neuestens noch im polnischen Strafgesetzbuch von 1932 (§ 1) und in dem Entwurf eines französischen Strafgesetzbuches aus dem Jahre 1934. Auch die Türkei, die Einschränkungen des Satzes „keine Strafe ohne Gesetz" kannte, deren Strafgesetzbuch von 1848 den Richter auf Analogie und Vernunft verwies, hat diesem Grundsatz jetzt durch das Strafgesetzbuch von 1926 seine volle Anerkennung verschafft[189]). In einem der jüngsten Strafgesetzbücher, dem von China vom 1. Januar 1935 finden wir den gleichen Gedanken in Art. 1[190]). Die Bestrebungen, eine sinngemäße Gesetzesanwendung zuzulassen, finden sich aber nicht allein bei uns in Deutschland, die Forderung ist in allen Ländern aufgetaucht, die einen grundlegenden politischen Umschwung mitgemacht haben und dort teilweise auch schon in die Tat umgesetzt worden.

1. Rußland.

Vollständig wurde das Analogieverbot beseitigt in dem Strafgesetzbuch der russischen sozialistischen föderativen Sowjet-Republiken. Dies war in dem Wesen der neuen Staatsauffassung begründet, die ja eine völlige Überwindung des Liberalismus bedeutete. Die von diesem zu Gunsten des Individuums geschaffenen Rechtsschranken wurden restlos beseitigt. Der Einzelne ist nur ein Glied des Ganzen, mit dem er zu einer Einheit verschmolzen ist. Allein nach der Auffassung des Richters von der Sozialschädlichkeit einer Tat ist diese strafbar oder nicht[191]). Die Furcht vor Richterwillkür tritt hier zurück vor staatlicher Notwendigkeit. Die im Jahre 1919 herausgegebenen allgemeinen Richtlinien für ein Strafgesetzbuch der RSFSR. haben auf gesetzliche Tatbestände völlig verzichtet[192]). Einen besonderen Teil des Strafgesetzbuches mit der Aufzählung bestimmter strafbarer Handlungen gibt es heute allerdings, doch besteht ein Analogieverbot nicht. Schon das Strafgesetzbuch vom 1. Juli 1922 läßt in § 10 die Bestrafung nach Analogie zu. Das geltende Strafgesetzbuch der RSFSR. vom 22. 11. 1926. das seit dem 1. Januar 1927 in Kraft ist, überläßt es den Gerichten vollkommen, jede nach ihrer Ansicht sozialgefährliche Tat für strafbar zu erklären, wenn diese keinem gesetzlichen Straftatbestand entspricht[193]). So sagt § 16 „Wenn die

---

[188]) Zusammenstellung siehe bei Schinnerer, a. a. O. S. 773, Anm. 19.
[189]) Hippel, a. a. O. II, S. 34, Anm. 3.
[190]) DJ. 1935, S. 1334.
[191]) Heimberger, a. a. O. S. 14.
[192]) Freisler, DStrR. 1935, S. 5, Gleispach, a. a. O. S. 274.
[193]) Zaitzeff, a. a. O. S. 3.

eine oder die andere gemeingefährliche Handlung in diesem Gesetzbuch nicht unmittelbar vorgesehen ist, so bestimmen sich Grund und Umfang der Verantwortlichkeit dafür nach den Paragraphen dieses Gesetzbuches, die ihrer Art nach am meisten ähnliche Verbrechen vorsehen" und § 6 bezeichnet als gemeingefährlich „jede Handlung oder Unterlassung, die sich gegen das Sowjetsystem richtet oder die Rechtsordnung verletzt, die vom Regime der Arbeiter und Bauern für die Zeit des Übergangs zur kommunistischen Gesellschaftsordnung errichtet ist". (Text in der Übersetzung von Gallas). § 6 des Strafgesetzbuches enthält einen Generaltatbestand, wie er nur aus der gesamten Struktur des russischen Sowjetstaates heraus zu verstehen ist. Der Strafrechtsentwurf Krylenkos von 1930 vertritt bereits wieder eine völlige Freistellung des Richters vom gesetzlichen Tatbestand, ähnlich den Richtlinien von 1919. Die Gerichte sind als politische Organe des Staates zu betrachten, welche die gerichtliche Politik der Regierung durchzuführen haben. Nach Mitteilungen Krylenkos ist im Jahre 1935 ein neuer Entwurf eines Strafgesetzbuches fertiggestellt worden, der die Neuerungen des Entwurfs von 1930 nicht mehr enthalten und nach dem die Bestimmungen des besonderen Teils nicht nur mehr Bedeutung als Beispiele haben, sondern bindend sein sollen. Der Text dieses neuen Entwurfs ist aber noch nicht veröffentlicht[194]).

2. Italien.

In völlig anderer Weise bringt das neue italienische Strafgesetzbuch, der codice penale vom 19. 10. 1930 die veränderten politischen Verhältnisse zum Ausdruck[195]). Auch die faschistische Staats- und Strafrechtsauffassung geht davon aus, daß das Wohl des Volksganzen vor dem des Einzelnen zu stehen habe, daß der Einzelne nicht zu schützen sei vor dem Staat und seinen Gerichten. Doch sucht der Faschismus dieses Ziel nicht dadurch zu erreichen, daß die sinngemäße Gesetzesanwendung für zulässig erklärt wird, sondern er glaubt, den Weg einschlagen zu müssen, dem Richter eine Fülle[196]) weit

---

[194]) s. Schönke: Auslandsrundschau. Neues aus dem ausl. Strafrecht. ZStrW. Bd. 55, S. 878 ff. (881).

[195]) Vergl. Ackermann, a. a. O. S. 20.

[196]) So z. B. neben vielen anderen Bestimmungen Art. 269; Der Staatsangehörige, welcher außerhalb des Staatsgebiets falsche, übertriebene oder entstellte Gerüchte oder Nachrichten über die inneren Verhältnisse verbreitet oder mitteilt, sodaß der Kredit oder das Ansehen des Staates im Ausland geschmälert wird, oder, überhaupt eine Tätigkeit entfaltet, die den nationalen Interessen Schaden bringen kann, wird mit Gefängnis nicht unter 5 Jahren bestraft. (Übersetzung nach Bunge).

gefaßter gesetzlicher Straftatbestände in die Hand zu geben, und so die Möglichkeit zu schaffen, jedes Verbrechen zu bestrafen. Artikel 1 des codice penale spricht deutlich aus: Niemand kann wegen einer Tat, die nicht ausdrücklich durch das Gesetz als strafbare Handlung vorgesehen ist, bestraft, noch mit Strafen belegt werden, die nicht vom Gesetz festgesetzt sind". (Übersetzung von Bunge). Italien hat demnach das Analogieverbot beibehalten und dafür eine Menge gesetzlicher Straftatbestände geschaffen, 734 Artikel umfaßt der codice penale. Dieser Weg ist gangbar, daß er aber restlos nicht durchgeführt werden und zufriedenstellen kann, sehen wir deutlich am Strafgesetzbuch Italiens, das eben doch vielfach in den alten Formen stecken geblieben ist[197]). In erster Linie soll doch das Strafrecht Staat- und Volksgemeinschaft schützen, dies ist seine wichtigste Funktion. Dieser Schutz ist aber in erstrebenswerter Weise selbst mit den zahlreichsten und weitgefaßtesten Strafbestimmungen nicht zu erreichen. Doch soll keineswegs verkannt werden, daß die gemeinsame, im Faschismus begründete Grundhaltung aller Volksgenossen Gewähr für eine einheitliche Auffassung der im Gesetz enthaltenen Wertbegriffe bildet.

3. Nordische Staaten.

Bei Rußland und Italien, deren Stellungnahme zur Frage der Analogie im Strafrecht dargestellt wurde, handelt es sich um Staaten, die im Anschluß an den Weltkrieg eine politische Revolution größten Umfangs gesehen haben. Es erfüllt geradezu mit Staunen, zu sehen, wie andere Länder, unabhängig von der staatsrechtlichen Verfassung, eine strenge Bindung des Richters an den Wortlaut des Gesetzes nicht kennen.

So gestattet das dänische Strafgesetzbuch vom 15. 4. 1930 in § 1 die Gesetzesanalogie entsprechend dem § 1 des früheren Strafgesetzbuches vom 10. 2. 1866. Es läßt eine Bestrafung zu, wenn die betreffende Handlung „ganz einer im Gesetz als strafbar bezeichneten Handlung gleichgestellt werden kann"[198]). Auch die beiden Entwürfe von Groß und Torp von 1912 bezw. 1914 behielten diese Regelung bei[199]). Gerade letztere Tatsache zeigt deutlich, daß man mit den Ergebnissen zufrieden war. Das norwegische Recht enthält in seinen Grundrechten (§ 96) zwar das Analogieverbot in der sonst üblichen Fassung: Strafbar ist eine Handlung nur, wenn ein Gesetz sie für

[197]) So auch Ackermann, a. a. O. S. 21.

[198]) Schinnerer, a. a. O. S. 772, Gleispach, a. a. O. S. 272. Auch die dänische Rechtswissenschaft unterscheidet (s. Schinnerer, a. a. O.) zwischen der erlaubten Gesetzes- und der verbotenen Rechtsanalogie.

[199]) Hippel, a. a. O. I. S. 397 und Hafter, Rektoratsrede, a. a. O. S. 15.

strafbar erklärt; aber die Praxis hat daraus kein vollständiges Analogieverbot herausgelesen, vielmehr die Gesetzesanalogie gelegentlich zugelassen und nur die Rechtsanalogie ausgeschlossen[200]). Auch der schwedische Entwurf Thyrèn will nur die Rechtsanalogie, nicht aber jede Analogie ausschließen, was nach seiner Ansicht keine Neuerung darstellt. Kein Analogieverbot hat weiterhin bis heute Finnland[200]).

4. Katholisches Kirchenrecht.

Nicht uninteressant ist die Stellung des Richters zum Gesetz nach dem Recht der katholischen Kirche, dem Codex juris canonici[201]). Die katholische Kirche kennt, wie Heimburger feststellt, eine ähnliche Freiheit der Strafrechtspflege wie Sowjetrußland, die hier wie dort aus der antiliberalen Einstellung entspringt. Die kirchliche Verfassung stellt nicht das Individuum in den Mittelpunkt ihrer Betrachtungen, ihr Zweck ist das Heil der Seelen, nicht bloß der des einzelnen, sondern des Seelenheils der Gesamtheit. Die Kirche kennt auch nicht die Lehre von der Dreiteilung der Gewalten. Der Satz „nulla peone sine lege" ist ihr fremd. So bestimmt C 2222 § 1, daß der kirchliche Obere, wenn ein Gesetz auch keine Strafandrohung enthält, trotzdem die Übertretung dieses Gesetzes bestrafen kann, wenn nur das gegebene Ärgernis oder die Schwere der Tat es verlangt. Der kirchliche Richter kann auch, bei besonders erschwerenden Umständen, die vom Gesetz vorgesehene Strafe erhöhen (C 2223 § 1). Daran hindert die Bestimmung des C 2219 § 3 nichts. Hier versagt die Kirche zwar schlechthin die Anwendung der Analogie. Diese Bestimmung ist aber nur mit Einschränkung zu verstehen, mit der Einschränkung eben, die sich aus den oben angeführten gesetzlichen Regelungen ergibt. Heimberger kommt hier zu dem richtigen Ergebnis. Nur dann, wenn überhaupt kein Gesetz vorhanden ist, das die Tat verbietet, kann der kirchliche Obere sie nicht im Wege der Analogie zur Gesetzesübertretung stempeln, um sie dann mit Strafe zu belegen. Sobald aber ein, wenn auch nicht mit Strafandrohung versehenes Verbot einer Tat vorhanden ist, dann kann der kirchliche Obere eine Zuwiderhandlung gegen dieses Verbot unter Strafe stellen und das eben auf dem Wege, daß er sich bei der Strafverhängung an einen ähnlichen, im Gesetz geregelten Fall hält. Die Frage, ob bestraft werden soll und wenn ja, wie bestraft werden soll, ist demnach richterlichem Ermessen überlassen. Der Grundsatz „Keine Strafe

[200]) Vergl. Schinnerer, a. a. O. S. 772 (dort Schrifttum), zu Norwegen und Schweden auch Gleispach, a. a. O. S. 270 ff.

[201]) Vergl. hierzu Heimberger, a. a. O. S. 14 ff., Ackermann, a. a. O. S. 22, Grünhut, a. a. O. S. 284.

ohne Gesetz" hat keinen Platz. Dies beruht schon darauf, daß es sich bei der Kirche um eine religiöse Gemeinschaft handelt, die wesensgemäß in ihr Oberhaupt, das auch höchster Richter ist, volles und ungebundenes Vertrauen setzen muß. Mezger[202]) erwähnt in diesem Zusammenhang ein bezeichnendes Beispiel. Es ist dem afghanischen König Aman-Ullah nicht gelungen, den Grundsatz nulla poene sine lege von Europa her in seiner Heimat einzuführen. Die orthodoxe-islamische Geistlichkeit weigerte sich dagegen mit allen Kräften, da sich eine Beschränkung des richterlichen Ermessens mit ihren Grundsätzen nicht vereinbaren ließ.

5. Der Fall Danzig.

Der Erwähnung bedarf an dieser Stelle endlich noch die im Anschluß an die Regelung im Reich erfolgte Aufhebung des Analogieverbotes in Danzig[203]). Die „Freie Stadt Danzig", ein auf Grund des Staatsvertrags von Versailles vom Reich abgetretenes selbständiges Staatswesen, steht hinsichtlich ihrer Verfassung unter der Garantie des Völkerbundes. Da mit der Abtretung Danzigs seinerzeit die Rechtseinheit mit dem Reich nicht zerstört wurde, somit auch das deutsche StGB. von 1871 in Danzig weiterhin in Geltung blieb, war es stets das Bestreben der Danziger Regierung, hinsichtlich der übernommenen Gesetze die Verbindung mit dem Reich aufrecht zu erhalten, soweit dies im Rahmen der Verfassung möglich war. Entsprechend der in Deutschland getroffenen Regelung erließ so der Senat Danzigs auf Grund des Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. 6. 1933, eines sogenannten Ermächtigungsgesetzes, das ihm gestattet, Maßnahmen mit Gesetzeskraft durch Verordnungen zu erlassen, am 29. 8. 1935 2 Verordnungen, deren Inhalt mit dem der deutschen Strafrechtsnovelle vom 28. 6. 1935 übereinstimmt, die Verordnung zur Änderung einiger Bestimmungen des Strafgesetzbuches und die Verordnung zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes (Gesetzbl. für die Freie Stadt Danzig, Ausgabe A Nr. 91 S. 903—912).

Durch die erste der genannten Verordnungen wurde der bisherige § 2 des Strafgesetzbuches entsprechend der Fassung des deutschen StGB. geändert, das bisher bestehende Analogieverbot somit beseitigt. Auf eine Petition der drei Danziger Oppositionsparteien, der deutschnationalen, der sozialdemokratischen und der Zentrumspartei

---

[202]) Strafrecht, a. a. O. S. 77.

[203]) Vergl. zu den folgenden Ausführungen insbesondere Gleispach in Zeitschr. der Akademie f. dtsch. Recht, 1936, S. 267 ff., inhaltlich übereinstimmend mit den Ausführungen Gleispachs in Deutsches Recht, 1936, S. 23 ff.

hin erhob der Hohe Kommissar des Völkerbundes in Danzig gegen die Änderung des § 2 StGB. beim Präsidenten der Freien Stadt Bedenken und leitete die Petition, nachdem der Präsident an der Verfassungsmäßigkeit der erwähnten Bestimmung festgehalten hatte, an den Völkerbundsrat weiter. Der dortige Berichterstatter, der englische Minister Sir A. Eden stellte in seinem Bericht in der Ratssitzung vom 23. 9. 1935 bei der Behandlung der Frage zwei Bedenken in den Vordergrund: 1. ob die Änderung des § 2 StGB. auf Grund des Ermächtigungsgesetzes habe verfügt werden können und 2. ob die freie Stellung des Richters nach § 2 StGB. mit den Vorschriften der Danziger Verfassung über die Grundrechte vereinbar sei. Auf seinen Antrag hin beschloß der Völkerbundsrat, den ständigen Gerichtshof für internationales Recht im Haag um ein Gutachten zu ersuchen. Die Verhandlung vor diesem Gerichtshof begann bereits am 30. Oktober 1935. Der Antrag des Danziger Vertreters, Prof. Dr. Graf Gleispach, Danzig das Recht einzuräumen, für die Beratungen einen iuges ad hoc — einen deutschen Richter — zu benennen, wurde unberechtigterweise aus rein formalen Gründen abgelehnt, so daß über eine innerstaatliche Angelegenheit Danzigs in einer Besetzung von Richtern entschieden wurde, von denen keiner den zur Entscheidung der zu beurteilenden Fragen nötigen Einblick in die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse besaß noch besitzen konnte[204]). Wenn auch in dem Ersuchen an den Gerichtshof von den beiden Danziger Verordnungen schlechthin die Rede war, so stand zur Prüfung doch nur die Frage der Aufhebung des Analogieverbotes.

Am 4. 12. 1935 verkündete der Gerichtshof sein Gutachten, in welchem er feststellt, daß die angefochtenen Verordnungen mit der Verfassung Danzigs nicht vereinbar seien, vielmehr bestimmte Vorschriften und Grundsätze der Verfassung verletzen, so die Vorschrift des Art. 74 (Freiheit der Person), 75 (Freizügigkeit) und 79 (freie Meinungsäußerung)[205]). Beschlossen wurde dieses Gutachten mit 9 von 12 Stimmen. Die Frage, ob die Verordnung in den Bereich des Ermächtigungsgesetzes falle, hat der Gerichtshof nicht entschieden, da nach seiner Ansicht eine Prüfung in dieser Richtung erst notwendig gewesen wäre, wenn der Inhalt der Verordnungen mit der Verfassung im Einklang gestanden hätte[205]). Zur Begründung seiner Entscheidung führt der Gerichtshof vor allem aus[206]), daß durch den neuen § 2 StGB. der Bereich des strafbaren Unrechts nicht mehr durch den Wortlaut des Gesetzes abgegrenzt werde, sondern durch

[204]) Zur Frage der Zuziehung eines iuges ad hoc s. Gleispach, a. a. O S. 267/68.
[205]) Gleispach, a. a. O. S. 281.
[206]) Gleispach, a. a. O. S. 281 ff.

individuelle Wertungen und Ansichten der Richter. Das gesunde Volksempfinden sei ein „außergesetzliches Gebiet" und der Einzelne vermöge nicht hinreichend deutlich die Grenzen festzustellen, von welchen an seine Handlungen strafbar seien. Hierbei hat der als Voraussetzung der Bestrafung auch weiterhin erforderliche Grundgedanke eines bestimmten Strafgesetzes die nötige Beachtung nicht gefunden. Einen weiteren Grund für seine Entscheidung sieht der Gerichtshof darin, daß die freie Ausübung der Grundrechte in nicht zulässigem Maße beschränkt und die Freiheit des Richters überschritten sei, da der § 2 StGB. nicht hinreichend die Bedingungen bezeichne, unter denen in die Freiheit des Einzelnen eingegriffen werden kann. Dabei wird aber nicht gesagt, wo diese Grenze verläuft[207]).

Trotz der Entscheidung des Gerichtshofs bleibt aber die Tatsache bestehen, daß der § 2 StGB. n. F. mit der Verfassung Danzigs nicht im Widerspruch steht, weil vor allem, wie Prof. Gleispach zutreffend festgestellt hat (a. a. O. S. 282), eine Verfassung nicht aus einer alten Gedankenwelt heraus ausgelegt werden darf, deren Grundsätze heute als überholt angesehen werden müssen. Dies allein ist ein Gesichtspunkt, zu dessen Erfassung und Klarstellung die Zuziehung eines deutschen Richters erforderlich gewesen wäre. Es kann der Stadt Danzig, zumal seitdem die letzten Wahlen zum Volkstag eine Mehrheit für die nationalsozialistische Partei ergeben haben, nicht verwehrt werden, nationalsozialistische Rechtsgedanken einzuführen, solange die Verfassung Danzigs gewahrt bleibt, denn diese Grenze besteht nun einmal, solange diese Verfassung noch unter der Garantie des Völkerbundes steht.

---

[207]) Die 3 Richter, die das Gutachten nicht billigten, führen hierzu verschiedene Gründe an (vergl. Gleispach, a. a. O. S. 281). Anzilotti steht auf dem Standpunkt, das Gutachten liege außerhalb des Bereichs, für den der Gerichtshof geschaffen sei. Rostworowski sieht im Inhalt der Verordnungen keinen Widerspruch zur Danziger Verfassung, hält aber das Ermächtigungsgesetz selbst für verfassungswidrig; Nagaoka findet ebenfalls keinen Widerspruch zur Verfassung, deren Vorschriften den Richter nach wie vor binden, der Völkerbund habe erst dann einzugreifen, wenn auf Grund des neuen § 2 StGB. ein Urteil ergangen sei, das die Verfassung verletze.

V. Teil:

§ 10. Stellungnahme zu den früher gegen die Zulassung der Analogie gemachten Einwendungen.

1. Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit.

Bei der ablehnenden Stellungnahme zu der Frage der sinngemäßen Gesetzesanwendung stand immer an erster Stelle der Einwand, die „Rechtssicherheit" und die „Einheit der Rechtssprechung" seien bedroht, die Angst vor richterlicher Willkür und Rechtszersplitterung. So beachtlich dieser Gedanke auch auf den ersten Blick sein mag, ein durchschlagender Erfolg kann ihm nicht beschieden sein. „Rechtssicherheit" ist für den heutigen Staat nicht mehr das, was sie für den liberalen Staat war, für den sie formale „Rechtssicherheit" und Garantie der individuellen Freiheitssphäre bedeutete. Der nationalsozialistische Staat wird die Rechtsrichtigkeit grundsätzlich höher bewerten, als die „Rechtssicherheit" in letzterem Sinn[208]). Die wirkliche „Rechtssicherheit" besteht nicht darin, daß jeder, bevor er eine strafbare Handlung begeht, sich genau überlegen und ausrechnen kann, ob er wohl mit dem Strafrichter zusammentreffe oder nicht, sie besteht vielmehr darin, daß jeder, der eine strafwürdige Handlung begeht, dafür auch seine Strafe bekommt und jeder, der eine gleich strafwürdige, die gleiche Strafe[209]). Wer sich nach allgemeinem Empfinden strafbar macht, soll dafür auch büßen, wer nichts verbrochen hat, wird auch in Zukunft nicht bestraft werden. Eine zu formale Auffassung des Be-

[208]) Hildebrandt, a. a. O. S. 43.

[209]) Exner, a. a. O. S. 59/60: „Personen, die gleich strafwürdig sind, sollen nicht verschieden behandelt werden". Schinnerer, a. a. O. S. 775: „Die materielle Rechtsidee und ihre Folgen, materielles Recht und Unrecht fordern die gleichartige Behandlung gleichartiger Fälle", „die Rechtssicherheit wird gerade in dieser gleichmäßigen Erfassung allen Unrechtes und nicht in der Berechenbarkeit der Folgen einer Handlung erblickt". S. auch Niethammer, a. a. O. S. 754: „Die Erinnerung an das Volksgewissen als Quelle des Rechts" (in § 2 StGB. n. F.) enthält „eine Warnung (an den Richter) vor Willkür".

griffs der „Rechtssicherheit" kann nicht anerkannt werden. Die „Rechtssicherheit" im Sinne des Schutzes der individuellen Freiheitssphäre vor Staats-, besonders Gerichtswillkür ist nicht mehr oberster Wert der Rechtsordnung und letztlich entscheidendes Gesetzesauslegungsprinzip[210]). Nur der Richter wird dem nationalsozialistischen Staat gerecht, der das Gesetz so anwendet, daß sein Spruch Recht ist. Die Strafbarkeit des Einzelnen hängt davon ab, ob er sich dem entgegen setzt, was die Volksgemeinschaft von einem ordentlichen Volksgenossen erwartet. Das Strafrecht hat die Schranken aufzurichten, die der Willkür des Einzelnen notwendig gesetzt sind, damit nicht das Ganze Schaden leidet, denn die Rechtssicherheit des Einzelnen wird am besten gewährleistet durch die Lebenssicherheit des Volkes[211]). Der Gedanke der „materiellen Gerechtigkeit" steht heute an erster Stelle. Mit einer „Gefahrenzone", die die einzelnen Tatbestände umgibt, muß ein jeder rechnen. Was die „Rechtseinheit" betrifft, so verbürgt die Tatsache, daß der Rechtsgedanke, der dem einzelnen Gesetz zu Grunde liegt, überall eine gleiche Anwendung findet, die enge Gesinnungsgemeinschaft, die heute unseren einheitlich geführten Staat beherrscht[212]). Der Richter entscheidet nicht nach eigenem, willkürlichen Ermessen, sondern ist an den Volksgeist und die Richtlinien der Führung gebunden. Aus der Kenntnis der einheitlichen Volksanschauung wird er ein sicheres Rechtsgefühl gewinnen für das, was zu tun und was zu lassen ist. Der Gefahr,daß durch eine mißbräuchliche Benutzung der Möglichkeit des § 2 StGB. n. F. eine Rechtszersplitterung und Gefährdung der Rechtseinheit entstehen könnte, ist letzten Endes auch durch die Möglichkeit einer Revision begegnet. (Vergl. oben § 8).

2. Ansehen und Geltung der Gesetze und Gerichte.

Auch der Geltung, der Autorität der Gesetze und Gerichte und damit der Autorität der Staatsführung kann die Zulassung der entsprechenden Gesetzesanwendung keinen Abbruch tun, wenn sie vermeidet, zu dem Geist und Zweck der Gesetze in Widerspruch zu geraten. Zwar tritt neben das geschriebene Gesetz eine zweite Rechtserkenntnisquelle, die vielfach für den Einzelnen nicht so leicht erkenntlich ist. Einfluß und Ansehen der Gesetze werden eher gehoben, wenn der Volksgenosse genötigt wird, nicht nur ihren Wortlaut, sondern auch ihren Sinn zu achten und wenn der Richter angewiesen wird, das Gesetz aus seinem Rechtsgedanken, aus dem Gesamt-

---

[210]) Schaffstein, JW 1934, S. 531.
[211]) Freisler, DJ. 1935, S. 1251.
[212]) Ackermann, a. a. O. S. 42.

willen der Rechtsordnung des Volkes auszulegen[213]). Die Autorität der Gesetze beruht eben darauf, daß sie aus etwas höherem, aus dem im Gewissen des Volkes stets neu entstehenden Rechtsgefühl hergeleitet wird[214]). Das Recht wächst mit dem Volke fort und bildet sich mit diesem. Die Überzeugung des Volkes, daß die Gesetze seinem Rechtsgefühl entsprechen, wird um so stärker sein, je mehr diesem gerade bei der Anwendung der Gesetze Rechnung getragen wird.

3. Person des Richters.

Daß bei entsprechender Gesetzesanwendung auch die Frage nach der Person des Richters von Bedeutung ist, braucht nicht besonders betont zu werden. Die liberale Staats- und Rechtsauffassung hat in ihrer Sorge um die Rechte des Einzelnen auch den Richter zu niedrig bewertet. Es war gefährlich, dem Richter eigene Machtbefugnisse einzuräumen, solange es an einer einheitlichen Grundhaltung fehlte, aus der er sein Recht schöpfte[215]). Eine einheitliche Bindung des Richters aus weltanschaulichen Gesichtspunkten heraus bestand damals eben nicht. Das aber dürfte klar sein, daß die Verantwortungs- und Entscheidungsfreudigkeit umso größer ist, je mehr der Richter nicht mehr nur rein schematisch gezwungen wird, eine strafbare Handlung unter einen gesetzlichen Tatbestand unterzuordnen. Ja, es hat sich in der vergangenen Zeit gezeigt, daß eine vollständige Abhängigkeit des Richters vom Gesetz praktisch überhaupt nicht durchführbar ist, daß diese schon an der Wortfassung der einzelnen Straftatbestände scheitert. Die Bindung des Richters an das Gesetz muß in der höheren Form der Bindung an das Recht aufgefaßt werden, da er ja der materiellen Gerechtigkeit zum Sieg zu verhelfen hat. Gerade die strafrechtliche Entscheidung muß getragen sein von der Rechtsüberzeugung des Volksganzen. Der Gehalt der Bindung an das Gesetz ist hier der, daß jeder nach dem materiellen Unrechts- und Schuldgehalt seiner Tat die diesem angemessene Strafe bekommt[216]). Der Nationalsozialismus denkt nicht so klein vom Menschen, daß er glaubt, den Richter durch Bestimmungen abstrakter Natur ersetzen zu können[217]).

Daß es natürlich nicht gleichgültig ist, was für Volksgenossen zu Richtern berufen werden, liegt auf der Hand. Bestimmungen, die

---

[213]) RJM. Gürtner am 19. 8. 1935 vor dem XI. Internationalen Strafrechtskongreß in Berlin. DJ. 1935, S. 124.
[214]) Freisler, DStrR. 1935, S. 15.
[215]) Ackermann, a. a. O. S. 39.
[216]) Henkel, a. a. O. S. 68/69.
[217]) Freisler, DJ. 1935, S. 1161.

den Richter freistellen, sind ein Segen in der Hand eines Richterkönigs, aber nicht jeder kann eben Richterkönig sein. Volksgebundenheit und Artgleichheit müssen die erste Voraussetzung für die Auswahl sein. Diese Frage nach Auswahl und Ausbildung ist für den Staat von größter Wichtigkeit. Der höchste Wert für den Richter selbst aber muß das Volk sein, denn der Nationalsozialismus geht bei der Frage der Stellung zum Gesetz nicht aus vom friedlichen Staatsbürger, nicht vom Verbrecher, sondern eben von der völkischen Lebensordnung[218]). Diese muß die Richtung geben. Der Kern der Justizreform betrifft die Persönlichkeit der Träger der Rechtssprechung, der Männer, die über Leben, Freiheit und Ehre ihrer Mitmenschen zu urteilen haben. Mögen die Gesetze noch so gut sein, die Hauptsache bleiben immer die Menschen, die sie anwenden[219]).

---

[218]) Siegert, JW 1935, S. 889.
[219]) Bruck, a. a. O. S. 6.

VI. Teil:

§ 11. Ausblick. Das kommende deutsche Strafgesetzbuch.

Einer der wichtigsten und grundlegendsten Gedanken im Aufbau des neuen deutschen Strafrechts ist durch die Novelle vorweggenommen. Ein neuer Staat braucht auch ein neues Strafrecht, denn dieses ist Ausdruck des Wesens des Staates selbst, ist Spiegelbild der seelischen Haltung des Volkes[220]). Es wird nicht mehr allzulange anstehen und der nationalsozialistische Staat wird dem deutschen Volke ein neues Strafrecht schenken, das in neuem Geiste, auf völkischer Grundlage aufgebaut den Schutz von Volk und Staat und damit auch den Schutz jedes Einzelnen gewährleisten wird. Große Arbeit ist bereits geleistet. Die amtliche Kommission hat bereits die zweite Lesung des Entwurfs beendigt, der nun der Reichsregierung zur Beratung und Entscheidung vorliegt.

Wir müssen uns hier fragen, wird die Lösung, die die Novelle vom 28. 6. 1935 in der Frage der sinngemäßen Gesetzesanwendung gefunden hat, auch in das neue deutsche Strafgesetzbuch übergehen. Novellen wollen ja nicht die Erneuerung selbst, sondern nur deren Wegbereiter und Richtweiser sein, durch sie soll die Gesamtreform in Ruhe heranreifen[221]). Und doch darf gerade hier gesagt werden, daß die grundsätzliche Entscheidung in Richtung der Arbeit der amtlichen Kommission mit der Novelle vom Juni 1935 gefallen ist. Es besteht kein Grund dafür, den § 2 StGB. n. F. mit seinem heute geltenden Inhalt nicht in vollem Umfang in das neue Strafgesetzbuch zu übernehmen. Sein Platz wird an der Spitze des kommenden Strafrechts sein, denn in ihm zeigt sich die Grundhaltung der neuen Strafrechtsauffassung.

Ich halte es nicht für richtig, die Übernahme der Bestimmungen der Novelle in das neue Strafgesetzbuch als überflüssig zu bezeichnen, da der alte Gesetzesbegriff und der mit ihm verbundene Analo-

[220]) Freisler in der Denkschrift des preuß. Justizministers, a. a. O. S. 6
[221]) Freisler, Jahrb., a. a. O. S. 521.

giebegriff heute über Bord geworfen sind. Durch die Voranstellung der Bestimmung soll jedem Volksgenossen klar gemacht werden, daß Recht nicht gleichbedeutend ist mit Gesetz, daß dieses nur seine Geltung schöpft aus dem tiefen Quell der Rechtsüberzeugung des Volkes und dem Rechte untergeordnet ist. Das Problem der Zulassung der Analogie ist heute gegenstandslos, gegenstandslos ist aber nicht die Frage ihrer Anwendung. Erst dann, wenn der Geist der neuen Rechts- und Gesetzesauffassung in seiner vollen Bedeutung in das Bewußtsein eines jeden Volksgenossen eingedrungen ist, mag man die in der Novelle getroffenen Bestimmungen als Übergangsbestimmungen bezeichnen. Vorerst aber, nachdem sich diese Gedanken erst in allerjüngster Zeit durchzusetzen vermochten, bleibt ihnen die Aufgabe, richtunggebend über all den zahlreichen Einzelbestimmungen des kommenden deutschen Strafgesetzbuches zu stehen, stets daran zu erinnern, daß nicht Wortlaut, sondern Sinn und Zweck eines Gesetzes Grundlage der Rechtsfindung sind.

Lebenslauf.

Am 20. November 1912 wurde ich zu Donaurieden bei Ulm als Sohn des Georg Steinle, Bauer in Donaurieden und der Genovefa, geb. Hagel geboren und bin deutscher Staatsangehöriger. Ostern 1931 erwarb ich am Gymnasium in Ehingen a. D. das Zeugnis der Reife.

Im Anschluß an ein siebensemestriges Studium der Rechtswissenschaften an den Universitäten in Tübingen und Berlin bestand ich am 15. Juni 1935 vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Stuttgart die erste juristische Staatsprüfung. Seit 1. Juli 1935 bin ich im Landgerichtsbezirk Ulm als Gerichtsreferendar tätig.